إهداء

للشيخ الوالد :عمر بن عبدالخالق بن عمر

رأيت العلم صاحبه شريف وإن ولدته آباء لئام

وليس يزال يرفعه إلى أن يعظم قدره القوم الكرام

***

ويتبعونه في كل أمر كراع الضأن تتبعه السوام

ويحمل قوله في كل أفق ومن يك عالمًا فهو الإمام

***

فلولا العلم ما سعدت نفوس ولا عرف الحلال ولا الحرام

فبالعلم النجاة من المخازي وبالجهل المذلة والرغام

***

هو الهادي الدليل إلى المعالي ومصباح يضيء به الظلام

كذاك عن الرسول أتى عليه من الله التحية والسلام

من له شرف الجلوس بين يديك

والإنتفاع بعلمكم حفظكم الله

عبدالله بن محمد بن علي

20–ربيع الآخر–1436

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى :

﴿ وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾

سورة التوبة الآية (١٢٢)

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

أما بعد:

إن من أعظم مفاخر الأمة الإسلامية هذه الثروة الفقهية العظيمة-أصولا وفروعا- والتي استنبطها فقهاء الإسلام عبر القرون من مصادر الإسلام الثابتة ومبادئه الثرة، إنزالاً لأحكام الشرع على قضايا الأمة العامة والخاصة، فهي دليل كمال الإسلام وصلاحية أحكامه لكل زمان ومكان. فالفقه ثمرة العلوم الشرعية، المنظم لعلاقة العباد بربهم وعلاقتهم فيما بينهم، في جميع الأحوال ، لذا اعتنى المسلمون بالفقه منذ الوهلة الأولى لرسالة الإسلام ،حيث كان القرآن يتنزل ليرسم للأمة منهاج حياتها والرسول ﷺ يطبق هذا القرآن في واقع الحياة بسنته القولية والفعلية وتوجيهاته وأخلاقه، والصحابة – رضوان الله عليهم – يتلقون آيات القرآن وتوجيهات الرسول ﷺ فيحولوها إلى سلوك وعمل، وكلما نزلت بهم نازلة سألوا رسول الله ﷺ عن حكم الله فيها ، فيأتيهم الوحي ببيان الحكم بقرآن يتلى ﴿ يَسْأَلونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ [1]، ويسأل السائل الرسول ﷺ عن أوقات الصلوات، فينزل جبريل ويبين للنبي ﷺ هذه الأوقات ، ثم يقول النبي ﷺ : (أين السائل ؟ ويبين له وللأمة أوقات الصلوات) [2] وقلّما احتاج الصحابة للاجتهاد لاستنباط الأحكام الشرعية ، إلا في مسائل يسيرة، كأن يتعرض أحدهم لأمر عاجل ، ولم يتمكن من عرضه على الرسول ﷺ ، فيعمل فيه بالاجتهاد ،ثم يعرض أمره على النبي ﷺ ، فإما أن يقره على اجتهاده أو يصوبه ، وكان في هذا تعليماً للأمة في استنباط الأحكام الشرعية لما يستجد من القضايا عند عدم النص ،لأن الوحي سينقطع

بانتقال النبي ﷺ إلى الرفيق الأعلى وستحتاج الأمة إلى حلول لما يستجد من القضايا والنوازل، فكان لابد لسد هذه الثغرة من مشروعية الاجتهاد. وبالفعل بعد انتقال الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى شمر الصحابة – رضوان الله عليهم – والعلماء من بعدهم عن ساعد الجد في استنباط الفقه لقضاياهم الجديدة من أصول الأحكام الشرعية من قرآن وسنة وتوابعهما من مصادر التشريع المعتبرة ، فنما الفقه وتوسعت دائرته – بنمو رقعة الأرض الإسلامية وازدياد الشعوب المعتنقة للإسلام وكثرة القضايا المستجدة في حياة الأمة – حتى صعب على الفقهاء الإحاطة بمسائل الفقه فضلا عن حفظها ، ففكروا في سبيل يعينهم على

[1] سورة البقرة الآية ٢١٩ .

[2] أخرجه مسلم ١-٤٢٧ كتاب المساجد باب أوقات الصلوات الخمس وأبو داود ١-١٠٨،١٠٩ كتاب الصلاة باب في المواقيت .

جمع وترتيب المسائل الفقهية ، حتى يسهل تناولها ، فنظروا إلى علل الأحكام ومقاصد التشريع فاهتدوا إلى قواعد كلية تنتظم مسائل الفقه وجزئياته ، مما أعان على ضبط الفقه المستنبط وإمكان إلحاق ما يستجد من المسائل في إطار هذه القواعد الكلية، مسترشدين بضوابط الاستنباط المسماة ب"أصول الفقه" والتي ضبط العلماء مسائلها وأدلتها من قبل ، فهكذا كان بدية القواعد الفقهية.

الهدف من كتابة هذا البحث :

لأهمية دراسة القواعد الفقهية لطلاب الدراسات الشرعية، كانت هذه المادة ضمن مقررات معهد الإمام البخاري للعلوم الشرعية، وقد كُلفت بتدريسها، فبحثت عن مؤلف مناسب لمستوى طلاب المعهد فأعوزني ذلك فيما وقفت عليه من مؤلفات فهي إما من المطولات التي لا يسعها الزمن المحدد للطلبة أومن المختصرات التي لا تفي بالمطلوب ، وهذا البحث كنت قدمته لجامعة القرآن الكريم لنيل درجة الماجستير بعنوان" القواعد الفقهية وتطبيقاتها في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة١٩٨٤ .فقمت بحذف ما يتعلق بالقانون من مواد وتطبيقات فأصبح بحمد الله

وتوفيقه بحثا مناسبا في حجمه ومادته لتقديمه للممتدئين من طلبة العلوم الشرعية كطلبة المعهد المذكور فنسأل الله أن ينفع به .

خطة البحث

ما سبق في هذه المقدمة اقتضى ترتيب هذا البحث على النحو التالي:

مقدمة وتمهيد وبابين وخاتمة.

فالمقدمة تضمنت ثلاثة مواضيع وهي:

١. كلمة مختصرة عن نشأة الفقه وقواعده .
٢. بيان أسباب اختيار الموضوع وقد تقدم هذان الموضوعان في المقدمة.
٣. بيان خطط البحث وكيفية السير فيها وهذا ما سأوضحه بإيجاز في الصفحات التالية

التمهيد

في المصطلحات المتعلقة بقواعد الفقه والتمييز بينها وبين قواعد الأصول وضوابط الفقه والنظريات الفقهية ومعنى الأشباه والنظائر والفروق الفقهية، كما يتضمن تاريخ نشأة قواعد الفقه وتطورها وأهم المصنفات فيها عبر القرون. وفيه فصلان :

الفصل الأول :-

في تعريف قواعد الفقه والتمييز بينها وبين غيرها من قواعد الأصـــول وضـــوابط الفقه والنظريات الفقهية ومعنى الأشباه والنظائر والفروق الفقهية وفيه خمسة مباحث وهى :-

المبحث الأول : معنى القاعدة لغة واصطلاحا .

المبحث الثاني : الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية .

المبحث الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي .

المبحث الرابع : الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية .

المبحث الخامس : الأشباه والنظائر والفروق الفقهية .

الفصل الثاني:-

في مصـــادر القواعد الفقهية ومميزات هذه القواعد وفوائدها ونشـــأتها وتطورها عبر التاريخ وأهم المؤلفات فيه في القديم والحديث. ويتضمن ستة مباحث وهي :

المبحث الأول : مصادر القواعد الفقهية .

المبحث الثاني : مميزات القواعد الفقهية وفوائدها.

المبحث الثالث : صيغ القواعد الفقهية .

المبحث الرابع : الاستدلال بالقواعد الفقهية في الأحكام .

المبحث الخامس : نشأة القواعد الفقهية وتطورها عبر التاريخ .

المبحث السادس : أهم المؤلفات في القواعد الفقهية في القديم والحديث .

الباب الأول

في قواعد الفقه الخمس الكبرى وما يندرج تحتها من قواعد فرعية وتطبيقاتها الفقهية في المعاملات .

١. الأمور بمقاصدها .
٢. المشقة تجلب التيسير .
٣. اليقين لا يزول بالشك.
٤. لا ضرر ولا ضرار.
٥. العادة محكَّمة .

فالباب يشتمل على مقدمة وخمسة فصول فالمقدمة في بيان مكانة هذه القواعد الكبرى وأهميتها في ضبط المسائل الفقهية .

الفصل الأول:-

في القاعدة الأولى [الأمور بمقاصدها] في شرح القاعدة وذكر أدلتها وما يندرج تحتها من قواعد فرعية وتطبيقاتها. فهذا الفصل يتضمن مبحثين هما :-

١. شرح القاعدة وبيان أدلتها وأهميتها .
٢. القواعد الفرعية المندرجة تحتها مثل: النية وأثرها في المعاملات، هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها؟ ، هل الأيمان تخصص العام أو تعمم الخاص ؟ فهل هي على نية الحالف أم المستحلف ؟ فهل المعتبر فيها الألفاظ أم الأغراض، ....إلخ

الفصل الثاني:-

في القاعدة الثانية [المشقة تجلب التيسير] فهو يحتوي على مبحثين هما:-

١. توضيح معنى القاعدة وأدلتها وأثرها على المعاملات .

٢. القواعد الفرعية التي تتبعها وتطبيقاتها ، مثل إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق ، الضرورات تبيح المحظورات ، الضرورة تقدر بقدها ، الحاجة تنزل منزلة الضرورة .

الفصل الثالث :

في القاعدة الثالثة [اليقين لا يزول بالشك] فالفصل تحته مبحثان وهما:

١. توضيح معنى القاعدة وذكر أدلتها وأحكامها في المعاملات .
٢. بيان ما يتبعها من قواعد فرعية وتطبيقاتها كقولهم : الأصل بقاء ما كان على ما كان ، الأصل براءة الذمة ، ما ثبت باليقين لا يزول إلا باليقين ، الأصل في الأمور العارضة العدم ، الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته ، لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح ، لا ينسب إلى ساكت قول ، الممتنع عادة كالممتنع حقيقة ، لا حجة مع احتمال ناشئ عن دليل ، لا عبرة بالتوهم والظن الخاطئ ....إلخ .

الفصل الرابع:

في قاعدة [لا ضرر ولا ضرار] شرح القاعدة وذكر أدلتها والقواعد التابعة لها وأمثلة تطبيقاتها فدراسته في مبحثين وهما:

١. توضيح معنى القاعدة وأصلها وثمرتها .
٢. ذكر القواعد الفرعية المندرجة تحتها مع أمثلة تطبيقاتها . نحو : الضرر يزال ، الضرر يدفع بقدر الإمكان ، يدفع الضرر الأكبر بالأقل والأشد بالأخف ، درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ....الخ

الفصل الخامس :

في قاعدة [العادة محكمة] في بيان معنى القاعدة وأدلتها وآثارها وما يتبعها من قواعد فرعية وتطبيقاتها. وهو يشتمل على مبحثين هما:

١. شرح القاعدة وأدلتها وتطبيقاتها .
٢. ذكر القواعد الفرعية التابعة لها وتطبيقاتها في الفقه والقانون مثل : استعمال الناس حجة يجب العمل بها ، العادة تعتبر إذا اطردت وغلبت ، الحقيقة تترك بدلالة العادة ، الكتاب كالخطاب ، الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان، المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان ..... الخ .

الباب الثاني

في القواعد العامة التي لم تندرج تحت القواعد الكبرى التي سبق ذكرها ، فهي قواعد كثيرة وهامة– وإن كانت أقل أهمية مما سبقها– ، وتحت كل قاعدة منها تندرج قواعد فرعية متعددة.

ويتضمن هذا الباب خمسة فصول على النحو التالي:

١. الاجتهاد معناه وأحكامه .
٢. أحكام التابع وعلاقة الفرع بالأصل .
٣. ما يترتب على التصرف المشروع من أضرار.
٤. أحكام المباشر والمتسبب. وبعض أحكام الضمان.
٥. أحكام التصرف في حق الغير.

سأتناول هذه الفصول بشرح موجز مع ذكر بعض الأمثلة التطبيقية في المعالات.

الخاتمة:–

تحتوي على نتائج البحوث التي تشتمل عليها الرسالة والتوصيات

بيان مصادر البحث .

فهارس الرسالة بأنواعها .

١. فهرس الآيات الكريمة .
٢. فهرس الأحاديث والآثار .
٣. فهرس القواعد الفقهية .
٤. فهرس المصادر والمراجع .
٥. فهرس الأعلام .
٦. فهرس الموضوعات .

التمهيد

في المصطلحات المتعلقة بقواعد الفقه والتمييز بينها وبين قواعد الأصول وضوابط الفقه والنظريات الفقهية والأشباه والنظائر والفروق الفقهية، كما يتضمن تاريخ نشأة قواعد الفقه وتطورها وأهم المصنفات فيها عبر الحقب المتعاقبة. وفيه فصلان :

الفصل الأول :-

في تعريف قواعد الفقه والتمييز بينها وبين غيرها من قواعد الأصـــول وضـــوابط الفقه والنظريات الفقهية والأشباه والنظائر والفروق الفقهية.

الفصل الثاني:-

في مصـــادر القواعد الفقهية ومميزات هذه القواعد وفوائدها ونشـــأتها وتطورها عبر التاريخ وأهم المؤلفات فيه في القديم والحديث.

الفصل الأول :-

في تعريف قواعد الفقه والتمييز بينها وبين غيرها من قواعد الأصـــول وضـــوابط الفقه والنظريات الفقهية والأشباه والنظائر والفروق الفقهية وفيه خمسة مباحث وهى:-

المبحث الأول : معنى القاعدة لغة واصطلاحاً .

المبحث الثاني : الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية .

المبحث الثالث : الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي .

المبحث الرابع : الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية .

المبحث الخامس : الأشباه والنظائر والفروق الفقهية .

المبحث الأول: في حقيقة القاعدة.

القاعدة في اللغة :- أساس أي شئ وأصله: حسياً كان ، كقواعد البيت أو معنويا؛ كقواعد الدين وقواعد اللغة .

قال تعالى : ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ ﴾[1] وقال تعالى : ﴿ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ ﴾[2] وفي الحديث (سأل رسول الله ﷺ عن سحابة مرت فقال: كيف ترون قواعدها وبواسقها ؟)[3] قال أبو عبيد [4]: قواعد السحاب أصولها المعترضة في آفاق السماء، شبّهت بقواعد البناء[5] .

وقال ابن فارس : قواعد البيت أساسه[6] وكذا قال صاحب القاموس المحيط[7] . والرازى في مختار الصحاح[8] وفي المعجم الوسيط : القاعدة في البناء أساسه ، أما الضابط فهو: الأمر الكلي المنطبق على جزئياته ، كقولهم : كلّ أذون ولود وكل صموخ بيوض[9] وفي لسان العرب: القاعدة أصل الأسّ ، والقواعد الأساس ، وقواعد البيت أساسه . وقال الزجاج[10] القواعد أساطين البناء التي تعمده وقواعد الهودج خشبات أربع معترضة في أسفله تركب عيدان الهودج فيها[11] .

أما القاعدة الفقهية في الاصطلاح فقد اختلف العلماء في تحديد حقيقتها نظرًا لاختلافهم في مفهومها ، هل هي قضية كلية تشتمل على جميع جزئياتها ؟ أم هي قضية أغلبية تشتمل على أكثر جزئياتها ؟

---

[1] سورة البقرة الآية ١٢٧.

[2] سورة النحل الآية ٢٦.

[3] كنز العمال ١٧٤/٦ برقم ١٥٣٤٧

[4] هو العلامة اللغوي القاسم بن سلاّم البغدادي الفقيه المحدث صاحب كتاب الأموال المتوفى سنة ٢٢٤هـ انظر تذكرة الحفاظ ٤١٧/٢.

[5] غريب الحديث لابن الأثير الجزري ٨٧/٤ .

[6] معجم مقاييس اللغة لابن فارس بتحقيق عبد السلام هرون ط٣ مكتبة الخانجي بمصر ١٠٩/٥ .

[7] القاموس المحيط – ط٥ مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٩٦م ص٣٩٧ .

[8] مختار الصحاح للرازي ط دار المعارف بمصر ص٥٤٤ .

[9] المعجم الوسيط – المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر تركيا ٧٤٨/١ . ومعنى قولهم " أذون ولود " أي كل حيوان له أذن خارجية يتكاثر بالولادة وقولهم " كل صموخ بيوض " أي كل حيوان ليس له أذن خارجية يتكاثر عن طريق البيض . انظر موسوعة القواعد للبرنو ٢٠/١ .

[10] الزجاج هو العلامة إبراهيم بن محمد السري بن سهل الزجاج النحوي ولد ببغداد سنة ٢٤١ هـ وتوفي بها سنة ٣١١ هـ انظر وفيات الأعيان لابن خلّكان ٤٩/١ .

[11] لسان العرب لابن منظور .

فمن رأى أنها قضية كلية وهم الجمهور عرفوها بما يدل على ذلك بصيغ متعددة منها :

١. هي : قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها.[١]
٢. هي : قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها.[٢]
٣. هي : حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف أحكامها منه.[٣]
٤. هي : حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف به أحكام الجزئيات التي تندرج تحتها من الحكم الكلي.[٤]
٥. أمر كلي منطبق على جزئيات موضوعه.[٥]
٦. قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها.[٦]
٧. أصول ومبادئ كلية تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها.[٧]

أما الفريق الآخر والذي يرى أن القاعدة الفقهية أمر أغلبي لا كلي . فقد عرفها بما يدل على ذلك بصيغ كثيرة منها:

هي : حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه.[٨]

يقول العلامة القرافي: من المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية الخ.[٩]

هذا الخلاف في تحديد حقيقة القاعدة الفقهية مبناه وجود بعض الاستثناءات في أكثر القواعد الفقهية .

والذي اتضح لي بعد الوقوف على أقوال الطائفتين – والله أعلم– أن الراجح هو قول الجمهور " بأن القاعدة أمر كلي " لأن هذا هو شأن القاعدة في كل الأمور، فما من قاعدة إلا ولها شواذ من المسائل[١٠]والشاذ لاحكم له كما يقول أهل العلم .

---

[١] تعريفات الشريف الجرجاني ص١٧٧ .
[٢] المحلي على جمع الجوامع ٢٠/١ – ٢١ .
[٣] التلويع على التوضيح للتلفزاني ٣٧/١ ط مكتبة صنايع ١٣١٠ هـ .
[٤] مجامع الحقائق للخادمي ص٣٠٥ .
[٥] كشّاف القناع للبهوتي ١٦/١ .
[٦] الكليات لأبي البقاء الحسيني حرف "ق" طبعة مصر فهرسة الدكتور عدنان درويش ومحمد المصري القسم الرابع ص٤٨ .
[٧] المدخل الفقهي العام د: مصطفى الزرقاء ٩٦٥/٢ ط١ ١٩٩٨م .
[٨] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ط١٤١٨هـ ج١ ص٦٣.
[٩] تهذيب الفروق على حاشية الفروق ٣٦/١ .

قال الإمام أبو إسحاق الشاطبي[1] – رحمه الله–: إ ن الأمر الكلي إذا ثبت كلياً فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجه عن كونه كلياً ، وأيضاً فإن الغالب الأكثري معتبر في الشريعة اعتبار القطعي ، ثانياً إن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت وهذا شأن الكليات الاستقرائية ، وإنما يتصور أن يكون تخلف بعض الجزئيات قادحاً في الكليات العقلية .

فالكليات الاستقرائية صحيحة وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات. إهـ[2]

ويقول الإمام ابن قيم الجوزية – رحمه الله– :إن شأن الشرائع الكلية أن تراعى الأمور العامة المنضبطة ولا ينقضها تخلف الحكمة في أفراد الصور. إهـ[3]

ومما يدل على أن القاعدة أمر كلي أنَّ كثيراً من جزئيات المسائل التي قيل: أنها مستثناة من قواعدها يتضح للمتأمل أنها في الحقيقة ليست من جزئيات تلك القواعد وإنما هي مندرجة تحت قواعد أخرى تتناسب معها في تحقيق أهداف الشرع.

وقد أشار إلى هذا المعنى شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – بقوله: وحيث جاءت الشريعة باختصاص بعض الأنواع بحكم يفارق به نظائره ، لابد أن يختص ذلك النوع بوصف يوجب اختصاصه بذلك الحكم ويمنع مساواته لغيره . إهـ[4]

وذكر كل من الإمامين العز بن عبد السلام والشاطبي نحو قول شيخ الإسلام[5] ومن أسباب كثرة الجزئيات التي عدها البعض من مستثنيات القواعد العامة أن البعض قعّد القواعد الفقهية مستنبطاً من بعض النصوص الشرعية وبعض المقاصد العامة للشريعة وقواعد مذهبه الفقهي دون النظرة الكلية لجميع نصوص الشرع ومقاصده وعند تطبيق المسائل الفرعية على ما قعده من قواعد وجد كثيراً من القضايا المبنية على الأدلة الشرعية تخالف قواعده فجعل يتكلف التوفيق بين هذه المسائل وما قعده من قواعد فإن لم يجد وجهاً للتوفيق قال:هذا خلاف الأصل أو قال هذا معدول به عن سنن القياس ، تعصباً لقواعده أو لرأي مذهبه حتى وصل الأمر ببعضهم إلى أن قال: كل نص خالف ما عليه مذهبنا فإما منسوخ أو مؤول. وبمثل هذا التعصب للآراء والمذاهب رد البعض كثيراً من النصوص الثابتة وأحكامها بحجة مخالفتها للأصول – أي

---

[1] الشاطبي هو العلامة الإمام أبو إسحق إبراهيم بن محمد اللخمي المالكي القرناطي الشهير بالشاطبي الحافظ المجتهد الأصولي . كان من أئمة المالكية في الأصول والفروع والمنقول والمعقول توفي سنة ٧٩٠ هـ و من أشهر وأنفع مؤلفاته " الموافقات في أصول الشريعة" الذي قيل أنه لم يؤلف مثله في مقاصد الشريعة . وله الاعتصام وغيره من المصنفات النافعة . انظر " شجرة النور الزكية " ٨٩/٢ والأعلام للزركلي ٧٥/١ .

[2] الموافقات للشاطبي ٥٢/٢ – ٥٣ .

[3] أعلام الموقعين ٦٨/٢ – ٦٩ .

[4] مجموع الفتاوى ٥٠٥/٢٠ .

[5] انظر قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٣٨/٢ – ١٧٠ ط القاهرة مطبعة الإمام.

أصولهم التي وضعوها لتكون ميزاناً للأحكام- وإن قبل بعض هذه النصوص المخالفة لقواعدهم ، تكلفوا لها التأويلات أو ادعوا أنها على خلاف القياس أو أنها مستثناة من قواعدها. من أمثلة ما تقدم ما جاء في شرح مجلة الأحكام العدلية – لمجموعة من الأحكام الشرعية الثابتة بالنصوص الصحيحة – أنها على خلاف القياس أو أنها مستثناة من الأصول بقوله: ربما يعارض تلك القواعد أثر أو ضرورة أو قيد أو علة مؤثرة تخرجها عن الاطراد فتكون مستثناة من تلك القاعدة معدولاً بها عن سنن القياس ، أما: لأثر فكالسلم والإجارة في بيع المعدوم، أما الإجماع العملي كالاستصناع ، وأما لضرورة كطهارة الحياض والآبار، أما الاستحسان – وهو ما قوي أثره- يقدم على القياس الجلي كسؤر سباع الطير، إذ المعتبر الأثر لا الظهور.إهـ[1] والأمثلة في هذا لباب كثيرة جداً فقد ساق الإمام ابن القيم في كتابه القيم "إعلام الموقعين " أمثلة كثيرة من الأحكام الشرعية الثابتة بالنصوص الصحيحة قيل : فيها إنها على خلاف الأصل والقياس . فسرد هذه الأحكام وحجج المخالفين لها ثم بين عوار أقوالهم بالحجج الواضحة المقنعة ومما قاله في هذا الباب :" وأمّا نقعّد قاعدة ونقول: هذا هو الأصل ، ثم نردّ السنة لأجل مخالفة تلك القاعدة فلعمر الله ، لهدم ألف قاعدة لم يؤصلها الله ورسوله أفرض علينا من [ردّ] [2] حديث واحد . إهـ[3]

وبعد هذا الاستطراد نعود إلى التعريف المختار للقاعدة الفقهية اصطلاحاً ، بعد الوقوف على التعريفات المختلفة للقاعدة الفقهية لفريقي الفقهاء وبعد دراسة ما قيل في كل تعريف من الإيجابيات والسلبيات اخترت التعريف الآتي – لعل فيه تقريب لشقة الخلاف وتفاد لما نبه من سلبيات في التعريفات الماضية- فأقول :

هي أصل فقهي كلي يجمع أحكاماً تشريعية عامة من أبواب مختلفة في المسائل التي تدخل تحت موضوعه.

شرح التعريف : الأصل كما تقدم هو الذي ينبني عليه غيره ، فالقاعدة أصل تتفرع عنه أحكام تفصيلية وقولنا : فقهي احترازاً من أصول الفنون الأخرى كأصول الدين وأصول التفسير . وقولنا كلي اختياراً لقول الجمهور الذين يرون أن القاعدة الفقهية أمر كلي لا أكثري كما تقدم. و قولنا: يجمع أحكاماً تشريعية . فالقاعدة الفقهية عبارة عن ضابط لمجموعة من أحكام الجزئية المختلفة كقولهم :" الأمور بمقاصدها " هذه القاعدة تبين أثر القصد في أعمال المكلف في مختلف التصرفات ، وكونها عامة من حيث المكلفين ومن حيث الأعمال، " من أبواب مختلفة " احترازاً من الضابط الفقهي الذي يكون من باب واحدٍ

[1] انظر شرح المجلة للشيخ محمد طاهر الأتاسي ط١ حمص ١٣٤٩ هـ ج١ ص٢٣ وقواعد الندوي ص ٣ ومصادر الحق للسنهوري ١٢٦/١ – ١٢٧

[2] ما بين القوسين لم أجده في كتاب ابن القيم فزدته ليتضح المعنى .

[3] أعلام الموقعين ٣٦٨/٢ .

كما سيأتي " في المسائل التي تدخل تحتها " جمعاً لوجهي الخلاف في المسائل التي قيل : إنها مستثناة من قواعدها ، فتقدم أن هذه المسائل هي في حقيقتها تندرج تحت قواعد أخرى تناسبها وليست من جزئيات القواعد التي قيل : أنها مستثناة منها.

المبحث الثاني: الفرق بين قواعد الفقه وقواعد الأصول.

إن قواعد الفقه وقواعد الأصول تتشابهان من جهة أن كلاً منهما قاعدة عامة تندرج تحتها جزئيات كثيرة وأن كلاً منهما في خدمة الأحكام الفقهية ، غير أن لكل منهما سماته الخاصة وموضوعه الذي يميّزه عن الآخر .

فموضوع قواعد الفقه جمع الجزئيات الفقهية المتشابهة وربطها برباط واحد لتسهل دراستها وحفظها واستيعابها ، أما قواعد الأصول فموضوعها الأدلة الإجمالية التي يستنبط بها الأحكام الفقهية من أدلتها التفصيلية . يقول الشيخ محمد أبو زهرة – رحمه الله– : إن الفرق بين قواعد الفقه وبين علم الأصول: أن علم الأصول يبين المنهاج الذي يلتزمه الفقيه ليعصم من الخطأ في الاستنباط ، أما القواعد الفقهية فهي مجموعة الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها أو إلى ضابط يربطها. إهـ[1]ولعل أول من نبه من الأقدمين إلى هذا الفرق بين قواعد الفقه وأصول الفقه هو العلامة المالكي شهاب الدين القرافي في كتابه العظيم " الفروق "حيث يقول:

" فإن الشريعة المعظمة المحمدية — زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً — اشتملت على وأصول وفروع .

وأصولها قسمان: أحدهما المسمى، بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلاّ قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك .... وما خرج من هذا الخط إلاّ كون القياس حجة، وخبر الواحد وصفات المجتهدين. والقسم الثاني قواعد فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ، ولكل قاعدة فروع في الشريعة مالا يحصى ، ولم يذكر منها في أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليه هناك على سبيل الإجمال فبقي تفصيله لم يتحصل ، وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع . إهـ[2] وقال في موضع آخر من كتابه المذكور : " إن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والفقهاء لا توجد في كتب أصولالفقه أصلاً . إهـ[3].

---

[1] أصول الفقه للإمام محمد أبي زهرة ط : دار المعارف بمصر ص١٠ .

[2] الفروق للقرافي ج / ص٥ ، ٦

[3] نفس المرجع السابق وانظر تهذيب الفروق للشيخ ص٧.

* **الفروق بين قواعد الأصول وقواعد الفقه :**

مما تقدم من كلام الفقهاء يمكن حصر الفروق بين قواعد الفقه وقواعد الأصول في الآتي:

أ. إن قواعد الأصول وضعت لضبط مناهج الاستنباط الفقهي فهي كالميزان الضابط لطرق الاستنباط الصحيح، شأنه في ذلك شأن علم النحو في ضبط النطق والكتابة بالعربية، فهي وسط بين الأدلة والأحكام فبواسطتها تستخرج الأحكام من الأدلة التفصيلية. فموضوعها دائماً الدليل والحكم كقولهم : " الأمر للوجوب . الواجب المخيّر يخرج المكلف عن العهدة فيه بفعل واحدٍ مما خيّر فيه ... إلخ " أما القاعدة الفقهية فهي قضية كلية جزئياتها بعض مسائل الفقه كقولهم :" الأمور بمقاصدها " وموضوعها دائماً فعل المكلف .

ب. قواعد الأصول محصورة في أبوابها أما قواعد الفقه فغير محصورة بل هي كثيرة ومتناثرة في كتب الأحكام الفقهية وكتب التفسير وشروح الحديث وغيرها والمجموع منها حتى الآن قليل بالنسبة لما يمكن جمعها من دواوين الفقهاء والمفسرين وغيرهم ولأنها تنمو وتزيد بزيادة الأحكام الفقهية التي تستنبط مع تجدد الأزمان والقضايا .

ج. القاعدة الأصولية إذا اتفق عليها تشتمل جزئياتها دون استثناء بخلاف القاعدة الفقهية التي يكثر الخلاف في جزئياتها في الغالب .

د. القاعدة الأصولية يفترض ذهنياً وجودها قبل الفروع باعتبار أن هذه الفروع ثمرة لها ومستنبطة بواسطتها أما القواعد الفقهية فمتأخرة في وجودها الذهني الواقعي عن الفروع الفقهية لأنها هي ثمرة لهذه الفروع ومن مكوناتها .

مسألة :

بعض القواعد يصلح أن يعدّ من قواعد الأصول كما يصلح أن يعدّ من قواعد الفقه بحسب النظر إليه في المواضع المختلفة ، كقاعدة " سدّ الذرائع " إذا نظر إليها باعتبارها دليلاً شرعياً كانت قاعدة أصولية كقولهم :" الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ماأدى إليه "كانت قاعدة أصولية . وإذا قيل : "كل مباح فعله لوأدى إلى حرام أو أدى الإتيان به إلى حرام فهو حرام سداً للذريعة "كانت قاعدة فقهية إهـ[1]

[1] انظر القاعد للندوي ص٧٠ ط٤ .

المبحث الثالث: القاعدة الفقهية والضابط الفقهي.

الضابط في اللغة : من الضبط يقال : ضبطه ضبطاً وضباطةً ، وضبط الشيء حفظه بالحزم، والرجل الضابط الحازم[1]

والضابط الفقهي اصطلاحاً: ما يجمع الفروع من باب واحدٍ.[2]

أما الفرق بين القاعد الفقهية والضابط الفقهي اتضح من التعريف السابق لكل من القاعدة الفقهية والضابط الفقهي أنّ كلاً منهما يجمع تحته فروعاً فقهية غير أن القاعدة الفقهية تجمع الفروع من الأبواب المختلفة كقاعدة " الأمور بمقاصدها " فجزئياتها تشمل جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات باختلاف أنواعها أما الضابط الفقهي فجزئياته من باب واحدٍ كقوله – ﷺ – (أيما إهاب دبغ فقد طهر)[3] وقول النخعي– رحمه الله– كل شيئ منع الجلد من الفساد فهو دباغ [4] . فهذا الحديث وهذا الأثر خاصان بباب جلود الميتة فقط، وهكذا الضابط الفقهي يجمع ما يخص الباب الواحد من الأحكام. وقد ذكر هذا الفرق بين القاعدة والضابط كثير من العلماء منهم الإمام العلامة تاج الدين السبكي[5] – رحمه الله – بعد أن بين حقيقة القاعدة قال: " ومنها ما لا يختصّ كقولنا: اليقين لا يزول بالشك . ومنها ما يختصّ كقولنا: كل كفارة سببها معصية فهي على الفور. والغالب فيما يختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمّى "ضابطاً" [6] ومن العلماء الذين فرقوا بين القاعدة والضابط الإمام العلاّمة جلال الدين السّيوطي – رحمه الله – في كتابه الأشباه والنظائر في النحو – الفن الثاني – قال : مما اشتمل عليه الكتاب في الضوابط والاستثناءات والتقسيمات وهو مرتب على الأبواب لاختصاص كل ضابط ببابه، وهذا أحد الفروق بين الضابط والقاعدة ، لأن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى والضابط يجمع فروع باب واحدٍ . إهـ[7] وكذا قال الإمام ابن نجيم الحنفي : الفرق بين الضابط والقاعدة أنّ القاعدة تجمع فروعاً

---

[1] لسان العرب مادة "ضبط " والقاموس المحيط باب الطاء فصل الضاد ٣٧٠/٢ والتعريفات للجرجاني ص١٧٩ .

[2] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ٣١/١ .

[3] أخرجه الترمذي من حديث ابن عباس – رضي الله عنهما – وقال : حديث حسن صحيح ، باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت كتاب اللباس .

[4] كتاب الآثار للإمام أبي يوسف القاضي بتحقيق أبو الوفاء الأفغاني ط٧ ص١٣٢.

[5] السبكي هو الإمام القاضي تاج الدين أبو النصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن الشيخ تقي الدين السبكي ولد بالقاهرة سنة ٧٢٨ هـ وبها توفي بالطاعون سنة ٧٧١ هـ عن أربع وأربعين سنة ، وترك تصانيف كثيرة ومفيدة . انظر الدرر الكامنة ٣٩/٣ – ٤٢ برقم ٢٥٤٧ وطبقات الشافعية لابن قاضي شبهة ١٠٤/٣ – ١٠٦ .

[6] مقدمة الأشباه والنظائر لابن السبكي وانظر قواعدالندوي ص٦٤ .

[7] الأشباه والنظائر في النحو للسيوطي الفن الثاني ٧/١ .

من أبواب شتى والضابط يجمعها من باب واحدٍ . إهـ[1] ولعل أول من اعتنى بعرض الضوابط الفقهية ووضع المسائل في إطارها هو الإمام أبو الحسن علي بن الحسين السُّعدي المتوفى سنة ٤٦١هـ في كتابه " النتف في الفتاوى " [2] وصنّف الإمام ابن نجيم الحنفي كتاباً في الضوابط باسم" الفوائد الزينية في فقه الحنفية " وجمع فيه خمسمائة ضابط وبعض ما أسماه ضابطاً يعد من قبيل القاعدة حسب الاصطلاح الشائع والكتاب من مخطوطات مكتبة الحرم المكي تحت فقه حنفي [٦٤] وقد ذكر ابن نجيم في مقدمة كتابه ، الأشباه والنظائر. كتابه هذا في الضوابط " الفوائد " ووجدته قد ضمن أكثر ما ذكره في كتابه " الفوائد الزينية " كتابه " الأشباه والنظائر" الفن الثاني بعد التهذيب والاختصار.[3] وممن أفرد الضوابط بالتصنيف العلاّمة المقّريُّ المالكي صاحب القواعد[4] ومحمد بن عبد الله المكناسي[5] والشيخ بدر الدين محمد بن أبي بكر البكري[6] في كتابه " الاستفتاء في الفروق والاستثناء " وجمع فيه ما يقارب الستمائة ضابط . وبعد أن استعرضنا كلام العلماء في حقيقة كل من القاعدة الفقهية والضابط الفقهي يمكن حصر أهم الفروق بينهما في الآتي:

أ. إن القاعدة الفقهية أوسع وأشمل من الضابط الفقهي، حيث أن القاعدة تتضمن الفروع الكثيرة من الأبواب المختلفة كما تقدم أما الضابط الفقهي فلا يجمع إلاّ جزئيات الباب الواحد .

ب. يكثر الخلاف بين أهل العلم في جزئيات القاعدة الفقهية واستثناءاتها لسعة مجالها وكثرة فروعها أما الضابط الفقهي يقل الخلاف في جزئياته لضيق مجاله.

مما يجدر ذكره هنا :

١. أن بعض الفقهاء لم يفرق بين القاعدة والضابط في الفقه ولربما أطلق اسم القاعدة أو الضابط في كل منهما . كالعلامة ابن رجب الحنبلي في كتابه الشهير" قواعد الفقه الإسلامي " حيث عبّر عنهما بالقواعد دون تمييز بينهما، كقوله: القاعدة الأولى " الماء الجاري هل هو كالراكد أو كل جري لها حكم الماء المنفرد؟ [7] فما أسماه هنا قاعدة يعتبر بلا شكٍّ من الضوابط وليس من القواعد حسب

---

[1] الأشباه والنظائر لابن نجيم الفن الثاني ص١٩٢ ط : بدمشق دار الفكر .

[2] انظر قواعد الندوي ص١٢٣ .

[3] انظر مقدمة الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥ ط:مكتبة الهلال بيروت لبنان ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م.

[4] ستأتي ترجمته .

[5] هو العلامة محمد بن عبد الله محمد الشهير بالمكناسي المالكي ولد سنة ٨٣٩ هـ وتوفي ستة ٨٩٨ هـ وهو على قضاء فاس ومن مؤلفاته النافعة " مجالس القضاة والحكام في الأحكام " انظر المدارك ٧٦/٢ والأعلام للزركلي ١٦/٧ .

[6] هو الشيخ محمد بن أبي بكر البكري فقيه شافعي وأحد تلامذته الإمام جمال الدين الأسنوي وقد حقق كتابه المذكور كل من الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد عوض ط : بيروت دار الكتب سنة ١٤١١ هـ ١٩٩١م .

[7] انظر " قواعد الفقه الإسلامي " لابن رجب ط : دار الكتب بيروت ص٥ .

مصطلح المفرقين بين حقيقتي القاعدة والضابط. ونجد هذا المفهوم – أي عدم التفريق بين القاعدة والضابط – عند الإمام ابن قيم الجوزية كقوله: قاعدة الفرائض إسقاط البعيد بالقريب وتقريب الأقرب على الأبعد...إلخ[1]

انظر كيف عبّر عن هذا الضابط بالقاعدة ؟

٢. نجد بعض الفقهاء رغم تسميته لكل من القاعدة والضابط باسم القاعدة إلاّ أنه يفرق بينهما بقوله : – في ما يسميه الآخرون الضابط – " قاعدة خاصة " وما يسميه بالقاعدة : " قاعدة عامة " ٢ وهذا تفريق واضح وإن اختلف اصطلاحه فيه ولا مشاحاة في الاصطلاح كما يقول أهل العلم .

٣. بعض العلماء عبر عن القاعدة الفقهية أو الضابط الفقهي بلفظة "كلّ " ولهم في ذلك أسوة برسول الله ﷺ الذي أوتي جوامع الكلم فقد جاءت عدة أحاديث نبوية مصدّرةً بكلمة "كل " اعتبرت بمثابة قواعد أو ضوابط فقهية ، كقوله – ﷺ – : (كلّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) ٣ وكقوله – ﷺ –: (كل مسكر حرام) ٤ فإذا نظرنا إلى الحديث الأول نجده من أعظم وأشمل القواعد كما يقول ابن قيم الجوزية– رحمه الله– : إنّ هذه القاعدة مطردة في جميع أبواب المعاملات لا يستثنى منها شيئ . إهـ٥ أما الحديث الثاني فيعدُّ من ضوابط الفقه الهامة في ما يحرم من المشروبات ، ، بل وكل المسكرات كيفما كانت . ومن أمثلة تسمية القاعدة ب "كل" من كلام العلماء ما جاء عن الإمام الشافعي– رحمه الله– : كلما سُكت عن إيجابه أو تحريمه فهو عفوٌ ٦ ومن أمثلة الضابط المسمى "كل"قول ابن السبكي :كل كفارة سببها معصية فهي على الفور . ٧

٤. عبر بعض العلماء عن القاعدة والضابط بلفظة " أصل "كقولهم في القاعدة : الأصل في الأشياء الإباحة٨، الأصل في الإبضاع التحريم ٩ وفي الضابط كقولهم : الأصل في الدعاوى مقصود الخصمين . ١٠

---

[1] أعلام الموقعين ٤٠٣/١.

[2] انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٩٩ وأشباه ابن السبكي القسم الثالث .

[3] رواه البخاري كتاب الشروط الحديث رقم ٢٧٣٠ وانظر فتح القدير للمناوي ٣٠/٥ برقم ٦٣٠٧ و ٣٨/٥ برقم ٦٣٧٠ .

[4] سنن الترمذي باب الأشربة وفتح القدير ٢٢/٥ ٦٣١٣ .

[5] أعلام الموقعين ٤٨٠/٣ وانظر أعلام الموقعين لعبد المجيد جمعة ص٥٤٧ .

[6] رسالة الإمام الشافعي ٢٠٢ و ٢١١ وانظر مجموع افتاوى لشيخ الإسلام ابن تيميه ٥٣٤/٢ – ٥٤٠ والقواعد النورانية له ص٢٢٢ .

[7] الأشباه والنظائر لابن السبكي ١١/١ .

[8] قواعد أعلام الموقعين ص ١٦٨ .

[9] رسالة الإمام الشافعي ص ٣٤٨ .

[10] رسالة الأصول للكرخي ص١٦٢ ط : دار ابن زيدون .

٥. صنّف بعض الفقهاء في القواعد تحت عنوان " الكليات "كالمكناسي الذي تقدم ذكره [1] والعلامة ابن غازي الذي صنف رسالة في ضوابط مذهب الإمام ملك بعنوان " الكليات " [2]

[1] مخطوط بمكتبة الرباط بالمملكة المغربية برقم ١٢١٩ ومنه شـــريط مصـــور بمركز الملك فهد – الرياض المملكة العربية لسعودية – فقه مالكي ١٢٧ والصورة المذكورة هي التي وقفت عليها ونقلت منها هذه المعلومات أما أصل المخطوط لم أره .

[2] ابن غازي هو العلامة أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن غازي المكناســي أحد أعلام المغرب الذين اشـتهروا بسـعة العلم وقصده طلاب العلم من الأصقاع النائية وكتابه المذكور طبع بتحقيق أبي الأجفان في أطروحته لرساله الدكتوراه بجامعة الزيتونة وانظر قواعد الندوي ص٧٥ .

المبحث الرابع: القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية.

النظرية : مشتقة من النظر ، وهو تأمل الشيئ بالعين .

والنظري هو الذي يتوقف حصوله على نظر وكسب كتصور النفس والعقل والتصديق بأن العالم حادث ، ونظرية تجمع على نظريات وهي عبارة عن طائفة من الآراء تفسّر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنية ، وقيل النظرية جملة تصورات مؤلف تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات[1] وقيل : إنها فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض ويردها إلى مبدأ واحد يمكن أن يستنبط منه أحكاماً وقواعد[2] .

أما النظرية الفقهية فيقصد بها موضوعات فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً [3] . كالنظرية العامة للإثبات ونظرية الأهلية ونظرية العقد ونظرية الملكية... إلخ . ودراسة الفقه الإسلامي في إطار هذه النظريات العامة دراسة مستحدثة جاء بها بعض الفقهاء الذين جمعوا بين دراسة الفقه الإسلامي و القانوني الغربي لتسهيل دراسة الفقه الإسلامي في أطر عامة تجمع أطراف الموضوعات من أبوابها المختلفة وتجمع شواردها وتمنع التناقض بين جزئيات الأحكام وفيها تسهيل لفهم الفقه للدارسين والعاملين في المجالات القانونية ولا سيما أن غالب العاملين في المجال القانوني ممن تخرجوا في مدارس متأثرة بالمنهج الغربي في دراسة القضايا وليس لهم كبير خبرة في التعامل مع الفقه الإسلامي ولا يوجد مانع في الإسلام من الاستفادة من كل منهاج جديد يساعد في فهم الأحكام الشرعية في إطار ثوابته المعلومة .

ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري ما يؤكد أن دراسة الفقه الإسلامي في إطار النظريات العامة أمر مستحدث فيقول : إن الفقه الإسلامي في مراجعه القديمة لا توجد فيه نظرية عامة للعقد ، بل هو يستعرض العقود المسماة عقداً عقداً وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة فيقف عند الأحكام المشتركة التي تسري على الكثرة الغالبة من هذه العقود.إهـ[4] فعلى ضوء ما تقدم يتبين أن النظرية الفقهية غير القواعد الفقهية وقد أكّد هذا المعنى الدكتور مصطفى الزرقاء – رحمه الله – في كتابه القيم " المدخل الفقهي العام " بقوله : نريد بالنظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعيّاً منبثّاً في الفقه الإسلامي كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني ويحكم عناصر ذلك النظام في

---

[1] الصحاح في اللغة–إعداد نديم وأسامة مرعشلي ط: بيروت– دار الحضارة العربية٢/٥٨٠– ٥٨٣.

[2] المعجم الفلسفي تصنيف لجنة من العلماء ط : بيروت ص٢٠٣ .

[3] شرح القواعد الكبرى للدكتور السدلان ط:دار بلنسية– المملكة العربية السعودية الرياض–ص١٥ .

[4] انظر النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية للدكتور أبو سنة ط: دار التأليف ١٩٦٧م.

كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام وذلك كفكرة الملكية وأسبابها وفكرة العقد وقواعده ونتائجه .... وهذه النظريات غير القواعد الكلية..... القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى إهـ[1] .

ويرى آخرون كالشيخ محمد أبي زهرة – رحمه الله – : أن النظرية الفقهية ترادف القواعد الفقهية، حيث يقول : يجب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية وهي في مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي ،كقواعد الملكية في الشريعة الإسلامية وكقواعد الضمان وكقواعد الخيارات وكقواعد الفسخ بشكل عام . إهـ [2] وممن يرى هذا الرأي الشيخ أحمد بو طاهر الخطابي وهو يقول : النوع العام وهي تلك القواعد الجامعة لأحكام عدة أبواب مختلفة غالباً يصح في مضمونها أن يطلق عليها بلغة العصر – النظريات العامة للفقه الإسلامي لاستيعابها أحكاماً لا تحصى في أقصر عبارة وأو سع دلالة [3] ويقرر الدكتور وهبة الزحيلي : بأن القواعد الفقهية مرحلة مهدت للنظريات الفقهية[4]

والذي ترجح عندي — بعد دراسة آراء العلماء في العلاقة بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية — أن النظريات الفقهية غير القواعد الفقهية كما قرر ذلك الدكتور الزرقاء ومن وافقه. ويمكن حصر الفروق بينهما في الآتي :

أ. إن القواعد الفقهية تتضمن في ذاتها أحكاماً فقهية وهذه الأحكام المتضمنة في القواعد تنتقل إلى جزئيات قواعدها ، مثل قاعدة " اليقين لا يزول بالشك " تضمنت حكماً فقهياً في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك مثل من تيقن الطهارة وشك في الحدث وهو على طهارته ، خلافاً للمشهور من مذهب الإمام مالك ، وكمن تيقن المنع وشك في الإباحة فهو على المنع وهكذا في جميع أبواب الفقه . أما النظرية الفقهية فلا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها كنظرية الملكية وإنما توضح أسباب الملكية وأنواعها ونتائجها.... إلخ[5]

ب. القواعد الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط بخلاف النظرية الفقهية التي تشتمل على الأركان والشروط .... إلخ[6]

---

[1] المدخل الفقهي العام ٣٢٩/١ ط١ ١٩٩٨م .

[2] أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص١٠ ط : وزارة المعارف المصرية .

[3] مقدمة كتاب " إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك " ص١١١ ط : الأولى .

[4] النظريات الفقهية للدكتور وهبة الزحيلي ط١ ص٢٠١ .

[5] انظر النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية للدكتور أبو سنة ط: دار التأليف ١٩٦٧م.

[6] انظر قواعد المقّري القسم الأول ١٠٢/١ .

ج. النظرية الفقهية أوســـع وأشمل من القاعدة عموماً. فالنظرية الواحدة قد تشـــتمل على مجموعة من القواعد الفقهية كنظرية العرف، المتضمنة على عدة قواعد منها :

١. العادة محكّمة .
٢. استعمال الناس حجة يجب العمل بها .
٣. لا ينكر تغيير الأحكام والفتوى بتغيير الزمان .
٤. تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت .
٥. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
٦. المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .
٧. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .... إلخ .

ومما ينبغي ملاحظته أن بين بعض القواعد الفقهية- ولا ســـيما القواعد الكبرى منها- وبين النظريات الفقهية عموماً وخصوصاً، فعلى سبيل المثال قاعدة " الأمور بمقاصدها " تدخل في جميع الأبواب الفقهية من شعائر ومعاملات وإثبات وعقوبات ...إلخ فهي من هذه الزاوية أعم من النظرية ولكنها أخص من النظرية من حيث تأثيرها الجزئي في هذه الأبواب والنظرية أعم من هذه القاعدة من جهة شمولها على جميع مفردات موضـــوعها كنظرية الملكية التي تحيط قضـــايا الملكية من كل زواياها، من حيث بيان حقيقتها وشـروطها وأركانها وأسـبابها وجزئيات تطبيقاتها...إلخ وهي أخص من هذه القاعدة من حيث انحصـارها في موضوع واحد وهو القصد المؤثر في التصرف

المبحث الخامس: الأشباه والنظائر والفروق الفقهية.

الأشباه في اللغة: جمع شبه والشبه هو المثل [1] وتستعمل في الصفات الذاتية كقولهم: هذا الدرهم كهذا الدرهم ، كما تستعمل في الصفات المعنوية كقولهم : زيد كالأسد[2] .

والنظائر جمع نظير وهو المثل المساوي يقال : هذا نظير هذا– أي– مساويه [3] ولهذا المفهوم اللغوي للمساواة بين الشبيه والنظير واتحاد معناهما استعملهما بعض الفقهاء بمعنى واحدٍ رغم ما بينهما من اختلاف كبير في المدلول الاصطلاحي كما سيأتي بيانه .

أما الشبه في الاصطلاح الصفة الجامعة التي إذا وجدت في الأصل والفرع وجب اشتراكهما في الحكم ، كما يقول العلامة تاج الدين السبكي– رحمه الله : " إن قياس الأشباه هو أن يجتذب الفرع أصلان ويتنازعه مأخذان ، فينظر إلى أولاهما وأكثرهما شبهاً فيلحق به . إهـ[4] وعرّف الحموي الأشباه بقوله : المراد بها المسائل التي يشبه بعضها بعضاً مع الاختلاف في الحكم لأمورٍ فقهية أدركها الفقهاء بدقة أنظارهم ، وصنفوا لبيانها كتباً ، كفروق المحبوبي[5] والكرابيسي [6] ، [7] .

أما أصل كلمتي الشبه والمثل ما جاء قي خطاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– إلى قاضيه بالشام أبي موسى الأشعري – رضي الله عنه– حيث جاء فيه : الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة، اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى... إلخ [8] .

---

[1] تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي فصل الشين من الهاء ٣٩٣/٩ ولسان العرب لابن منظور ط : بيروت دار صادر ١٩٥٦م ج٥٠٣/٣ .

[2] المصباح المنير للفيومي ٣٥٨/١ .

[3] نفس المرجع .

[4] الأشباه والنظائر للسبكي القسم الأول وانظر قواعد الندوي ص٧٣ .

[5] المحبوري : هو العلامة عبيد الله بن إبراهيم جمال الدين المحبوبي شيخ الحنفية بما وراء النهر ، تفقه على قاضيخان وتوفي ببخارى سنة ٦٣٠ هـ انظر شذرات الذهب لابن العماد ١٣٧/٥ .

[6] الكرابيسي : هو أبو الفضل محمد بن صالح الكرابيسي السمرقندي فقيه حنفي له مصنفات كثيرة منها " الورق في فروع الحنفية " انظر الأعلام للزركلي ٣٢/٧ .

[7] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ١٨/١ مطبوع مع الأصل .

[8] انظر سنن الدارقطني مع شرحه – التعليق المغني – ٢٠٦/٤ – ٢٠٧ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١٥/١٠ وانظر أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٨٥/١ – ٨٦ وعزاه ابن القيم إلى القاسم بن سلاّم في كتابه القضاء وقال الحافظ ابن حجر – رحمه الله – في تلخيص الحبير وساقه ابن حزم من طريقين وأعّلمهما بالانقطاع ولكن اختلاف المخرج فيهما مما يقوي أصل الرسالة ولا سيما في بعض طرقه أن راويه أخرج الرساله المكتوبة إنتهى كلام الحافظ مع شئ من الاختصار .

يفهم مما جاء في هذا الخطاب: إن القياس لا يصح إلا أن يكون هناك شبهاً بين الأصل والفرع وهو ما يمثل العلة الجامعة بينهما. وقوله —رضي الله عنه-: فاعمد إلى أحبّها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى " يشير إلى نوع آخر من القياس وهو قياس الشبه. وهو كما تقدم من كلام الإمام السبكي " أن يتردد الفرع بين أصلين فينظر إلى أيهما أقرب فيلحق به " يقول العلامة النسفي[1] — معلقاً على هذا الخطاب العمري : إذا وقعت واقعة لا تعرف جوابها في الكتاب والسنة فردها إلى أشباهها من الحوادث تعرف جوابها . إهـ[2]

قال العلامة ابن خلدون – في معرض استعراضه للخطاب العمري المذكور- : ثم نظرنا في طرق استدلال الصحابة والسلف بالكتاب والسنة ، فإذاهم يقيسون الأشباه بالأشباه ويناظرون الأمثال بالأمثال بإجماع منهم وتسليم بعضهم لبعض في ذلك ، فإن كثيراً من الواقعات بعده صلوات الله وسلامه عليه لم تندرج في النصوص الثابتة فقاسوها بما ثبت وألحقوها بما نص عليه بشروط في ذلك الإلحاق تصحح تلك المساواة بين الشبيهين أو المثلين حين يغلب على الظن أن حكم الله تعالى فيهما واحد، وصار ذلك دليلاً شرعياً بإجماعهم وهو القياس . إهـ[3]

فحكاية ابن خلدون الإجماع في مسألة القياس دليل على أنه اعتبر قول المخالفين للجمهور في ثبوت الأحكام الشرعية بالقياس قولاً شاذاً لا يؤبه به . فمما تقدم تبين أن أصل لفظي الأمثال والأشباه ما جاء في الخطاب العمري ، أما لفظة " النظائر" لم تأت في الخطاب المذكور غير أن الفقهاء أضافوها إليهما عندما أرادوا الكتابة في القواعد الفقهية تحت عنوان واحد بالاختلاف مراتبها وأنواعها وعن الفروق بين المسائل المتشابهة في صورها مع اختلاف في حقائقها وأحكامها فوجدوا أن مصطلح الأشباه والأمثال يمكن أن يتضمن القواعد الفقهية المتشابهة والمتماثلة ولكن لا يمكن إدخال الفروق الفقهية في مضمونهما ، لأن الفروق الفقهية عبارة عن تفريق المسائل المتشابهة في ظاهرها مع اختلاف في حقائقها مما يترتب عليه اختلاف الأحكام .

أما النظير فمن جنس الشبيه والمثيل وإن كان أوسع وأشمل منهما ، كما يقول الإمام السيوطي : المثيل أخص الثلاثة والشبيه أعم من المثيل وأخص من النظير والنظير أعم من الشبيه . وبيان ذلك أن المماثلة تستلزم المشابهة وزيادة والمشابهة لا تستلزم المماثلة ، فلا يلزم أن يكون شبيه الشيء مماثلاً له والنظير

---

[1] النسفي : هو العلامة عمر بن محمد بن أحمد النسفي السمرقندي الملقب بنجم الدين المكنى بأبي حفص ولد بنسف ، ألف في صنوف العلم من تفسير وحديث وفقه وأدب ، وعمل نظما للجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني . انظر الفوائد البهية ط١ ص١٤٩- ١٥٠ .

[2] انظر طلبة الطلبة في اصطلاحات الفقهاء طبعة العامر ة ١٣١١هـ ص١٣٠ .

[3] ابن خلدون هو العلامة الفقيه أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن محمد الحصري الإشبيلي المؤرخ الاجتماعي من إشبيلية ولد سنة ٧٣٢ هـ وله رحلات عديدة وهو صاحب المقدمة والتاريخ مات بمصر سنة ٨٠٨ هـ انظر مقدمة ابن خلدون ص٤٥٣ والأعلام للزركلي ٣٣٠/٣ .

لا يكون مشابه؛وحاصل هذا الفرق أن المماثلة تقتضي المساواة من كل وجه والمشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلها والمناظرة يكفي في بعض الوجوه ولو وجهاً واحداً فيقال : هذا نظير هذا في كذا وإن خالفه في سائر جهاته ، أما اللغويون فإنهم جعلوا المثيل والشبيه والنظير بمعنى واحدٍ . إهـ[1]

ومما ينبغي ذكره هنا أن التأليف تحت عنوان الأشباه والنظائر ليس خاصاً بقواعد الفقه بل التأليف تحت هذا العنوا ن في فنون عدة كالتفسير والنحو والأدب كان سابقاً للتأليف في قواعد الفقه ، والدليل على ذلك أن الإمام مقاتل بن سليمان البلخي المتوفى سنة ١٥٠هـ ألف كتاباً في التفسير بعنوان " الأشباه والنظائر" وكذا ألف في التفسير بهذا العنوان كل من الثعالبي ومحمد بن عماد المصري [2] .

وبعد أن ألّف الفقهاء كتباً كثيرة في قواعد الفقه تحت عنوان الأشباه والنظائر، حتى صار كالعنوان لهذا الفن، لم يتوقف التصنيف بهذا العنوان في العلوم الأخرى بل استمر التأليف به وهذا الإمام السيوطي– في القرن العاشر الهجري– يؤلف كتاباً جامعاً في النحو باسم الأشباه والنظائر. كما كتب غيره في الأدب تحت هذا العنوان.

أما الفروق فجمع فرقٍ و هو أن يكون بين المسألتين تشابهاً في الظاهر مع الاختلاف في الحقيقة مما يوجب اختلافاً في الحكم ويمكن تعريفه بأنه الفن الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً ومعنى والمختلفة حكماً ودليلاً وعلة، كالفرق بين الشهادة والرواية فالتشابه بينهما في الصورة والمعنى من حيث أن كلا منهما نقل لوقائع غير أن المقصود من الشهادة إثبات حقوق معينة وتختلف شروط الشاهد والشهادة باختلاف تلك الحقوق المراد إثباتها كاشتراط عدد محدد أو الذكورة ، أو طريقة معينة في أداء الشهادة وعند ثبوتها مع انتفاء المانع يجب على الحاكم ما تقضيه الشهادة من حكم أما الرواية فدائماً تتعلق بأمور عامة ولا يشترط أداؤها أمام الحاكم وليس لها عدد محدد ولا نوع معين من المسلين من ذكورة وأنوثة ... إلخ .

وقد اعتنى الفقهاء في وقت مبكر بمسائل الفروق لكثرة وجود المسائل الفقهية التشابه في ظاهرها مع اختلاف في حقائقها. فهذا الإمام محمد بن الحسن الشيباني ناشر علوم الإمام أبي حنيفة – رحمهما الله – أشار إلى كثير من مسائل الفروق في كتبه وخاصة في كتابيه الجامع الكبير وكتاب الأصل . وقد كتب العلماء في قواعد الفقه تحت عنوان " الفروق " قبل كتابتهم فيها تحت عنوان " القواعد " حيث ظهر أول كتاب في هذا الفن باسم " الفروق " من تأليف الإمام أحمد بن عمر بن سريج المتوفى سنة ٣٠٦هـ ، أما أول تأليف عرف في هذا الفن باسم " القواعد " كان رسالة الأصول للإمام الكرخي المتوفى سنة ٣٤٠هـ [3].

---

[1] انظر الحاوي في الفتاوى بتحقيق عبد الرعوف سعد ط: القاهرة شركة الطباعة الفنية ٢٧٣/٢

[2] انظر قواعد الندوي ص٨٧ .

[3] انظر قواعد الندوي ص٨٢ .

ومما يدل على اهتمام الفقهاء بمسائل الفروق كثرة المؤلفات فيها في جميع العصور وفي جميع المذاهب الفقهية ، وقد قرر العلماء أن من لا يعرف هذا الفن لا يعدّ فقيهاً قال العلامة الزركشي : الثاني من أنواع الفقه معرفة الجمع والفرق، وعليه جلّ مناظرات السلف حتى قال بعضهم : الفقه جمع وفرق . ومن أحسن ما صنف فيه كتاب الشيخ أبي محمد الجويني وأبي الخير بن جماعة المقدسي ، فكل فرق بين مسألتين ما لم يغلب على الظن أن الجامع أظهر ، قال الإمام[1] لا يكتفى بالخيالات في الفروق ، بل إن كان اجتماع مسألتين أظهر في الظن من افتراقهما وجب القضاء باجتماعهما وإن انقدح فرق على بعد . إهـ[2] ويقول العلامة الفاداني معلقاً على كلام الزركشي المتقدم: قوله معرفة الفرق والجمع – أي– معرفة ما يجتمع مع الآخر في الحكم ويفترق معه في حكم آخر ،كالذمي مع المسلم يجتمعان في أحكام ويفترقان في أحكام ... إلخ[3] وقال الجويني في مقدمة فروقه : إن مسائل الشرع ربما تتشابه صورها وتختلف أحكامها لعلل أوجبت اختلاف الأحكام ، ولا يستغني أهل التحقيق عن الاطلاع على تلك العلل التي أوجبت افتراق ما افترق واجتماع ما اجتمع منها ، فجمعنا في هذا الكتاب مسائل وفروقاً بعضها أغمض من بعض . إهـ[4]

نخلص مما تقدم أن معرفة الفروق والنظائر من أهم علوم الفقه وقواعده ، ولا يمكن لفقيه الاستغناء عنها ولا سيما المفتين والقضاء والباحثين في علوم الفقه ، فبهذا العلم يعرف الاتفاق والاختلاف في الحكم في المسائل المتشابهة في صورها مع ما يقتضي الاختلاف في أحكامها ، فمن الأمثلة التي ذكرها العلماء في مسائل الفروق:

١. لو أن رجلاً اشترى نصف سلعة غير قابلة للتجزئة بمائة دينار واشترى آخر النصف الآخر بمائتي دينار ولو باعاه مساومة بثلاثمائة دينار أو بمائتين فالثمن بينهما نصفان ، ولو باعاه مرابحة بربح دينار كان الثمن والربح بينهما أثلاثاً ، والفرق بينهما أن المساومة لا تحتاج إلى مضمون العقد الأول بدليل أنه لو لم يكن للعقد ثمن مضمون مثل أن وهب له السلعة فله أن يبيعها مساومة ، فإذا لم يعتبر مضمون عقدهما ، صار كأن لم يشترياها بل كأنها وهبت لهما أو ورثاها فباعاها مساومة ، ولو كان كذلك كان الثمن بينهما نصفين كذلك هذا وليس كذلك المرابحة ، لأن بيع المرابحة بيع

---

[1] يقصد الجويني .

[2] المنثور في القواعد للزركشي المقدمة ط: وزارة المعاف الكويتية .

[3] الفوائد الجنية شرح منظومة القواعد الفقهية للشيخ محمد ياسين الفاداني ١١٧/١ .

[4] الفروق للجويني بنقل الندوي في قواعده ص٨٢ ..

بمضـمون العقد الأول وزيادة بدليل أنه لو ورث شـيئاً أو وهب له لم يبعه مرابحة ، ومضـمون عقدهما فيها مختلف ، فقسم أثلاثاً فانقسم الثمن أثلاثاً[1]

٢. إذا قال شـخص لآخر: أسـلمت إليك عشـرة دراهم فأراد أن يجعله قصـاصـاً بمالهُ عليه، لم يجز، ولو اشــــترى ألف درهم بمائة دينارٍ، فنقد الدنانير فقال للآخر: اجعل الدراهم بالدراهم التي عليك قصاصاً، وله عليه دراهم ففعل جاز. والفرق أن ابتداء عقد الصرف بما في الذمة جائز وليس كذلك في باب السلم، لأن ابتداء السلم بما في الذمة لا يجوز، فلم يجز صرف العقد إليه[2] .

٣. لا يقبل قول وصــــي في دفع مال اليتيم بلا إشــــهادٍ ، ويقبل قوله في النفقة ، وفي الجميع هو مدّعٍ لإخراج مالٍ عن ذمته . والفرق بينهما أن النفقة لا يمكنه الإشـهاد عليها، لأنه لو كُلف ذلك لأضـرّ به لما فيه من المشقة ، والإضرار بمال اليتيم، فيقبل قوله فيها من غير إشهاد ، أما دفع المال إلى اليتيم فيمكن الإشهاد عليه فلا مضرّة تلحقه بخلاف النفقة [3] .

٤. إذا دفع شــــخص مالاً لآخر ليدفعه لزيد، فادعى أنه دفعه له فأنكر زيد، لم يقبل قول المدعي بغير بينة وإن ادعى تلف المال صُــدّق وفي كلا الأمرين هو مدع لإخراج مال عن يده، والفرق بينهما أنه مؤتمن في التلف فلذلك صــدق فيه وليس كذلك في الإعطاء ، لأنه في الإعطاء مدع لإشــغال ذمة غيره وبراءة ذمته فلم يقبل قوله، وليس كذلك في التلف لأنه غير مدع لإشغال ذمة غيره [4].

ما ذكرته مجرد أمثلة قليلة من آلاف المسـائل التي ذكرها أهل العلم ومن أغنى المصــادر في هذا الباب فروق العلامة القرافي المالكي- رحمه الله- مما تقدم في هذا الباب من كلام أهل العلم في حقيقة الفروق تتضح العلاقة الواضحة بين الأشباه والنظائر والفروق الفقهية ، فإذا وجدت مسائل تشبه بعضها بعضا في ظواهرها ولم توجد فروق تقتضــي اختلاف الأحكام بينها كانت الأشــباه والنظائر، فإن وجد من الفرق ما يوجب اختلاف الحكم كانت الفروق ، وهذه العلاقة الظاهرة بين الأشـباه والنظائر والفروق هي التي حملت بعض الفقهاء أن يؤلفوا في قواعد الفقه تحت عنوان " الفروق " اعترض البعض[5] على العلامة الحموي في قوله: والمراد بالأشباه والنظائر، المسائل التي يشبه بعضها بعضاً مع اختلاف في الحكم لأمور خفية أدركها

---

[1] انظر فروق الكرابيسي ٢/٩٩- ١٠٠

[2] الفروق للكرابيسي ٢/ص١٠٠

[3] انظر الفروق لأبي الفضل مسلم بن على الدمشقي المالكي الطبعة الأولى دراسة وتحقيق - أبو الأجفان وحمزة أبو الفارس ط: بيروت دار الغرب الإسلامي ١٩٩٢ ص١٢٨ - ١٢٩

[4] نفس المرجع

[5] انظر قواعد الندوي ص٨٥

الفقهاء بدقة أنظارهم، وقد صنفوا لبيانها كتباً كفروق المحبوبي والكرابيسي.إهـــ[1] فالمعترض ظن أن ما ذهب إليه الحموي فيه خلط بين هذه المســـميات ولكن بشـــيء من التعمق يظهر أن ما ذهب إليه الحموي هو عين الصواب لما ذكرته من علاقة وطيدة بين هذه المسميات . والله أعلم.

[1] تقدم تخريجه

الفصل الثاني:–

في مصـــادر القواعد الفقهية ومميزات هذه القواعد وفوائدها ونشـــأتها وتطورها عبر التاريخ وأهم المؤلفات فيه في القديم والحديث. ويتضمن ستة مباحث وهي :

المبحث الأول : مصادر القواعد الفقهية .

المبحث الثاني : مميزات القواعد الفقهية وفوائدها.

المبحث الثالث : صيغ القواعد الفقهية .

المبحث الرابع : الاستدلال بالقواعد الفقهية في الأحكام .

المبحث الخامس : نشأة القواعد الفقهية وتطورها عبر التاريخ .

المبحث السادس : أهم المؤلفات في القواعد الفقهية في القديم والحديث .

المبحث الأول :-

في مصادر القواعد الفقهية ، و يقصد بمصادر القواعد : أصولها وأدلتها التي أُستمدت منها . فأصول هذه القواعد ، القرآن الكريم والسنة المطهرة ودلالات هذه النصوص القرآنية والنبوية وعلل الأحكام الشرعية والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية ومن أقوال علماء السلف من الصحابة والتابعين وأئمة الأمة ونظّارها .

فالقرآن الكريم وهو كلام الله تعالى الذي أعجز الخلق بلاغة وفصاحة وحُكماً وحكماً والسنة المطهرة والتي أُوتي صاحبها- عليه الصلاة والسلام- جوامع الكلم، قد اشتملا على نصوص جرت مجرى القواعد والأصول لأحكام الفقه .

فهذه القواعد المستمدة مباشرة من نصوص الكتاب والسنة هي أجلّ القواعد وأعظمها نفعاً وأكثرها فوائد . كما يقول الإمام ابن قيم الجوزية : إذا كان أرباب المذاهب يضبطون مذاهبهم ويحصرونها بجوامع تحيط بما يحلُّ ويحرم عندهم مع قصور بيانهم فالله تعالى ورسوله- المبعوث بجوامع الكلم – أقدر على ذلك – فإنه ﷺ يأتي بالكلمة الجامعة وهي بمثابة قاعدة عامة وقضية كلية تجمع أنواعاً وأفراداً وتدل دلالتين دلالة طرد ودلالة عكس . إهـ[1] كقوله ﷺ : (كل مسكرٍ خمرٌ وكل خمرٍ حرامٌ) [2] فدلالة الطرد في الحديث أن ما يسكر حرام دون اعتبار لاسمه أو نوعه أو مصدره من مشروب أو مشموم أو مأكول أو محقون به ، أما دلالة العكس فيه ، مالا يسكر لا يحرم مهما كان اسمه أو نوعه، فالعبرة بالحقائق لا بالأسماء والأشكال

أما الآيات القرآنية التي جرت مجرى القواعد فكثيرة جداً ، فمن أمثلتها :

١/ قوله تعالى :﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ (٧) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ﴾[3]

فهاتان الآيتان من أجمع آي القرآن الكريم للمعاني العظيمة الجامعة، وقد وصفهما النبي ﷺ بأنها الجامعة الفاذّة فقد أخرج الإمام البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة — رضي الله عنه – : أنه ﷺ سُئل عن الحمر- أي في زكاتها – فقال : (لم ينزل عليّ فيها شيء إلاّ هذه الآية الجامعة الفاذة ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ (٧) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ ﴾) [4]

وقال الحافظ ابن حجر في شرح الحديث : سماها " جامعة " لشمولها لجميع الأنواع طاعة ومعصية ، وسماها " فاذة " لانفرادها في معناها . إهـ[5]

---

[1] أعلام الموقعين ١/ ٣٧١،٣٧٢

[2] جامع الترمذي برقم ١٨٦١و١٨٦٤وعند الإمام أحمد ٢/٢٩-٣١

[3] سورة الزلزلة الآية (٧و٨)

[4] صحيح البخاري الأحاديث رقم٢٨٦٠و٤٩٦٢و٤٩٦٣ .

[5] فتح الباري في شرح صحيح البخاري ٦/٧٧ و٨/ ٥٩٨ طبعة دار الريان – القاهرة الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.

٢/ **قوله تعالى ﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾** [١] اشـتملت الآية على قاعدة جامعة شـاملة في تحريم كل تصـرف يؤدي إلى أخذ أموال الناس بغير حق كالسـرقة والنهب والرشـوة والربا والغرر وكل عقد باطلٍ .

٣/ **﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾**[٢] قاعدة عامة في حقوق كل من الزوجين على الآخر ، وفي بيان أنواع هذه الحقوق والواجبات حيث المرجع في ذلك العرف،فالعرف معتبر شـرعا في مناط الأحكام، بنص هذه الآية .

٤/ **قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الأِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾**[٣]

قاعدة جامعة في حث العباد على كل خيرفيه نفعٍ للعباد والتعاون على جلبه ودفع ضـده من الشـر وفيها نهي عن فعل كل شرٍ أو التعاون عليه .

٥/ **قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾**[٤] قال الإمام القرطبي[٥] – رحمه الله– في شـرح هذه الآية: هذه الآية في ثلاث كلمات تضـمنت قواعد الشـريعة في المأمورات والمنهيات ، وقوله تعالى : ﴿ **خُذِ الْعَفْوَ** ﴾ دخل فيه صـلة القاطعين والعفو عن المذنبين والرفق بالمؤمنين وغير ذلك في أخلاق المطيعين، ودخل في قوله: ﴿ **وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ** ﴾ صـلة الأرحام وتقوى الله في الحلال والحرام وغض الأبصـار والاستعداد لدار القرار وقوله تعالى : ﴿ **وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ** ﴾ فيه الحض على التعلق بالعلم والإعراض عن الظلم والتنزه عن منازعة السـفهاء ومسـاواة الجهلة الأغبياء وغير ذلك من الأخلاق الحميدة والأفعال الرشيدة إهـ[٦] وقال الإمام جعفر الصادق[٧] – رحمه الله — في الآية السابقة : أمر الله نبيه بمكارم الأخلاق في هذه الآية ، وليس في القرآن آية أجمع لكارم الأخلاق من هذه الآية . إه[٨]

---

[١] سورة البقرة الآية ١٨٨.

[٢] البقرة الآية ٢٢٨ .

[٣] سورة المائدة الآية 2 .

[٤] الأعراف الآية ١٩٩ .

[٥] هو الإمام الفقيه المفسـر محمدبن أحمد بن أبي بكر الأنصـاري الخزرجي الأندلسـي المالكي أبو عبدالله من أهل قرطبة ، رحل إلى المشرق واستقر بمصر وتوفي بها سنة ٦٧١هـ وله مؤلفات مفيدة منها "الجامع لأحكام القرآن" في التفسير وكتابه هذا دل على طول باع القرطبي وسعة علمه أصولاً وفروعاً وعقلاً ونقلاً انظر مقدمة الكتاب المذكور والأعلام للزركلي ٥/ ٣٢٢ .

[٦] الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج/٤/ ص ٢١٨–٢٢٠الطبعة الخامسـة ١٩٩٦م والدر المنثور للسـيوطي ٢٨٠/٣ الطبعة الأولى .

[٧] هو الإمام النسـيب جعفر بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسـين بن علي بن أبي طالب – رضـي الله عنهم جميعاً– من أجلاء التابعين وعلماء أهل بيت النبوة ، أخذ العلم عنه خلق كثير منهم الإمامان أبو حنيفة ومالك –رحمهما الله– ولد بالمدينة ومات بها سنة ١٤٨هـ . انظر سيرأعلام النبلاءط٣ ج٥ ص١٢٥والأعلام للزركلي ١٢٦/٢ .

[٨] الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج٤ ص٢١٨– ٢١٩والدر المنثور للسيوطي ٣/ ٢٨٠ .

وأما الأحاديث النبوية التي اعتبرت بمثابة القواعد الفقهية فأكثر من أن تحصى، منها:

١. لا ضرر ولا ضرار.
٢. الخراج بالضمان .
٣. كل مسكر حرام .
٤. العجماء جرحها جبار .
٥. البينة على المدعي .
٦. المسلمون على شروطهم ... إلخ .

أما القواعد التي استنبطها العلماء من دلالات الكتاب والسنة فهي كثيرة أيضاً . منها : الأمور بمقاصدها . وهي مستفادة من عدة نصوص منها قوله ﷺ : (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى .....) الحديث .

١. اليقين لا يزول بالشك .
٢. الضرر يزال .
٣. العادة محكّمة .
٤. الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة ... إلخ .

ومن أقوال السلف الصالح التي جرت مجرى القواعد- وهي في حقيقتها مما فهموه من نصوص الشريعة لأن هؤلاء الصالحون لا يتكلمون في دين الله بمجرد الاعتماد على العقل أو الهوى – من أمثلة أقوالهم ما جاء عن أمير المؤمنين عمر- رضي الله عنه- مقاطع الحقوق عند الشروط . ومعنى هذه القاعدة أن من اشترط على نفسه باختياره بما يفوت عليه بعض حقوقه لزمه شرطه .

ومنها قول ابن عباس – رضي الله عنه- : لا طلاق ولا عتاق إلا عن وطر .

وقول الإمام النخعي التابعي : كل كفارة سببها معصية فهي على الفور. وقول القاضي شريح : الإنسان مأخوذ بإقراره .

ومن أمثلة القواعد المستنبطة من علل الأحكام، قول بعضهم : الاجتهاد لا ينقض بمثله .

وقولهم : الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً... إلخ .

سيأتي لهذه القواعد زيادة بيان في مواضعها مع ذكر مصادرها وتخريج نصوصها .

المبحث الثاني : مميزات القواعد الفقهية وفوائدها .

تتميز القواعد الفقهية بالآتي :

١. إيجاز ألفاظها وقصر عباراتها مع اشتمالها على قدر كبير من المسائل الفقهية.

٢. هذه القواعد غير محصورة لا في عددها ولا في مصادرها ، بل هي كثيرة ومتناثرة في كتب التفسير وشروح الحديث وكتب الأحكام والفتاوى فضلاً عن الكم الهائل من المصنفات الخاصة بالقواعد تحت عناوين مختلفة ، من فروق وقواعد وأشباه ونظائر وألغاز... إلخ قال القرافي – رحمه الله – إن قواعد الفقه ، ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والفقهاء، لا توجد في كتب أصول الفقه أصلاً . إهـ[1]

٣. كل قاعدة من هذه القواعد تعتبر ضابطاً يضبط فروع الأحكام العملية ويربطها برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها .

أما فوائد هذه القواعد فكثيرة وهامة — لا تخفى على ذي بصيرة بالأحكام الشرعية – من طلاب العلم فضلاً عن المتخصصين والعاملين في مجالات البحوث والفتوى والقضاء. من هذه الفوائد على سبيل المثال لا الحصر:

١. ضبطها لمسائل الفقه الكثيرة والمتناثرة ، فلولا هذه القواعد لتعذر الوقوف عليها فضلاً عن حفظها والرجوع إليها عند الحاجة ،لكثرتها واختلاف مظانها مما يسبب الاضطراب في الفتوى والأحكام .

٢. بقدر إلمام الفقيه بها يعلو شأنه وترسخ قدمه في بحر العلم الخضم . يقول الإمام القرافي: وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع بقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتوى وتُكشفُ فيها تنافس العلماء، وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح على الجذع ٢ وحاز قصب السبق من فيها برع ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت وضاقت نفسه لذلك وقنطت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ما

---

[1] الفروق للقرافي ٢/ ١١٥ وانظر تهذيب الفروق المطبوع مع الأصل ٢/ ١٢٤ .

[2] القارح من الإبل ما بلغ الخمس سنوات والجذع ما دون الخمس والمعن عند تلاقي النوعين يتفوق القوي على الضعيف ، فإذا تناظر الفقيه الضابط للفروع بالقواعد مع من شغل نفسه بجمع الفروع دون أن يضبطها بقواعدها غلبه صاحب القواعد قطعاً .

تناقض عند غيره وتناسب وأجاب الشاسع البعيد وتقارب وحصل طلبته في أقرب الأزمان وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين شأوٌ بعيدٌ وبين المنزلتين تفاوت شديد . إهـ[1]

٣. إن معرفة هذه القواعد تمكن الفقيه من الإلمام بأسرار الفقه وعلل الأحكام مما يؤهله للاجتهاد فيما يستجد من المسائل وتخريجها على ضوء القواعد دون اضطراب الجزئيات عليه . قال الإمام جلال الدين السيوطي – رحمه الله – : اعلم أن فنّ الأشباه والنظائر فنٌّ عظيمٌ ، به يُطلع على حقائق الفقه ومداركه وأسراره ، ويُتميز في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مرّ الأزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: " الفقه معرفة النظائر" . إهـ[2]

وقال العلاّمة السُبكيُ– رحمه الله – : " حقٌّ على طالب التحقيق ومن يتشوّق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق أن يُحكم قواعد الأحكام ليرجع إليها عند الغموض وينهض بعبء الاجتهاد أتم النهوض ، ثم يؤكدها بالاستذكار من حفظ الفروع لترسخ في الذهن مثمرة عليه فوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع ، أما استخراج القوى وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها ، ونظم الجزئيات بدون فهم مأخذها فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبيةٍ ولا حامله من أهل العلم بالكلية . إهـ[3]

ويؤكد شيخ الإسلام ابن تيمية هذا المعنى بقوله : " لابد أن يكون مع الإنسان أصول كلية يردُّ إليها الجزئيات ، ليتكلم على علمٍ وعدلٍ، ثم يعرف الجزئيات كيف وقعت ، وإلاّ فيبقى في جهلٍ وكذبٍ في الجزئيات وجهلٍ و ظلمٍ في الكليات ، فيتولّدُ فسادٌ عظيمٌ " . إهـ[4]

٤. إن معرفة هذه القواعد تمكن الباحث من معرفة أسباب الخلاف في الفتوى والأحكام بين الفقهاء من خلال وقوفه على علل الأحكام عند أرباب المذاهب الفقهية.

٥. إن دراسة وجمع هذه القواعد وترجيح الأقوال في الأحكام من خلال قواعدها تضيق شقة الخلاف بين أهل العلم في الفتوى.

٦. إن دراسة ونشر هذه القواعد يُظهر عظمة الإسلام وشموله وما بذله علماؤنا في ضبط الأحكام الشرعية.

---

[1] الفروق للقرا في ١/ ٦، ٧ الطبعة الأولى ١٩٩٨م بيروت– لبنان .

[2] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣١– ط٣ – ١٩٩٦م .

[3] الأشباه والنظائر للسبكي ص١٥ .

[4] مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ١٩/ ٢٠٣ ومنهاج السنة له ٥/ ٨٣ .

٧. إن معرفة هذه القواعد تعمّق الثقة في قدرة الشريعة الإسلامية على استيعاب كل قضايا الحياة وما يستجد من أمورٍ.

٨. دراسة هذه القواعد توضح سبق فقهاء الإسلام غيرهم في ضبط أحكام شريعتهم في إطار كليات تجمع شوارد المسائل وتمنع الاضطراب في الأحكام .

٩. إن أغلب العاملين في مجال القانون في بلادنا تشريعاً وتنفيذاً وتدريساً لجهلهم بتراثنا الفقهي أصولاً وفروعاً تشرئبُّ أعناقهم إلى تشريعات أعداء الملة والأمة في الشرق والغرب ، ولو علموا ما في تراث دينهم من هذه التشريعات أصولاً وفروعاً لما قبلوا بغيره بديلاً ولكنهم يقفون على كنز مخذون مفتاحه هذه القواعد ، فإن لم يدرسوا هذه القواعد ويلجوا إلى هذه الكنوز سيستمر هذا التخلف التشريعي والقضائي الذي تعاني منه العباد والبلاد وربما ستزيد الشقة بين الإسلام وأبنائه فيضلوا بذلك السبيل.

فإن مثل هذه الأمة وتراثها كقول القائل:

كالعيس في البيداء يقتلها الظمأ والماء فوق ظهورهـــا محمول

المبحث الثالث: حكم الاستدلال بالقواعد الفقهية على الأحكام الفرعية.

اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين . المذهب الأول يرى الاستدلال بهذه القواعد على الأحكام مادامت هذه القواعد لها أصل من الكتاب أو السنة أو معبرة عن دليل أصولي سالم من المعارض كالاستصحاب. والحكم الذي يصدر مخالفاً لمثل هذه القواعد تعتبر باطلاً. يقول القرافي : " حكم القاضي ينتقض إذا خالف قاعدة من القواعد السالمة عن المعارضة " [١] أما المذهب الثاني فيمنع الاستلال بهذه القواعد قولاً واحداً بحجة أن هذه القواعد ما هي إلا ثمرة لهذه الجزئيات العملية وضابط لها، ولا يمكن أن نجعل ما كان ثمرة للشيء دليلاً عليه إلاّ لأدى إلى الدور، والدور ممنوع عقلاً. ولأن معظم هذه القواعد لا يخلو من استثناءات ، فقد تكون المسألة البحوث عنها من مستثنيات تلك القاعدة التي جُعلت دليلاً على المسألة . فقد اختارت مجلة الأحكام العدلية مذهب المنع بالاستلال بهذه القواعد حيث جاء فيها : " حكّام الشرع ما لم يقفوا على نقلٍ صريحٍ لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد . إلاّ أن لها فائدة كلية في ضبط السائل " [٢] وقال ابن نجيم الحنفي – في الفوائد الزينية كما نقل عنه الحموي في غمز عيون البصائر– : " لا تجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط لأنها ليست كلية ، بل أغلبية...إلخ[٣]. ويقول الدكتور مصطفى الزرقاء– معلقاً على ما جاء في مجلة الأحكام– : ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلّما تخلو من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها إذ يرى الفقهاء أن تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى أو أنها تستدعي أحكاماً استحسانية خاصة ومن ثم لم تسوّغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عامٍ يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها، لأن تلك القواعد الكلية على مالها من قيمة واعتبارٍ ، هي كثيرة المستثنيات، فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء . إهـ[٤] والذي يظهر لي – بعد التمعن في حجج المذهبين–أنه لا يمكن اختيار أحد المذهبين على إطلاقه، لأن هذه القواعد ليست على درجة واحدة ، بل هي درجات وأنواع مختلفة وعليه يختلف الحكم باختلاف هذه الأنواع ، فما كان من نصوص القرآن أو السنة ، فهي أدلة على الأحكام قطعاً، فكونها اعتبرت قواعد فقهية لا يمنعها أن تكون أدلة على الأحكام . فمثلاً قول الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا ﴾[٥] اعتبر الفقهاء هذه الآية الكريمة بمثابة القاعدة العامة التي تندرج تحتها كل أنواع البيوع ، وفي نفس الوقت هي دليل شرعي على حكم فرعي

---

[١] انظرالفروق ٧٤،٧٥/٤، ١٢٤ .

[٢] درر الحكام شرح مجلة الأحكام علي حيدر ١٠/١ .

[٣] الأشباه لابن نجيم .

[٤] المدخل الفقهي العام ٩٧٦٠/٢ .

[٥] سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

عملي، وهكذا كل الآيات التي جرت مجرى القواعد العامة وكذا نصـــوص الســـنة كقوله- ﷺ- : (الخراج بالضمان) هو قاعدة عامة – كما سيأتي بيانها في موضعها من هذا البحث، وكذلك هو دليل شرعي على حكم فرعي عملي .

وكذلك القواعد المبنية على الأدلة الواضحة من الكتاب والسنة تصلح للاستدلال بها على الأحكام الفرعية كقولهم: " الأمور بمقاصـــدها " ، " اليقين لا يزول بالشـــك " ونحوهما . أما القواعد الاجتهادية التي لم تبن على الأدلة الصحيحة الصريحة، فلا تصلح كأدلة وإنما يُستأنس بها عند النظر إلى جزئياتها . والله أعلم .

المبحث الرابع: صيغ القواعد الفقهية.

اتضح بالاستقراء أن الفقهاء يعبرون عن القاعدة الفقهية أحياناً بالأُسلوب الخبري[1] وأحياناً بالأسلوب الإنشائي[2]. واتضح أن القاعدة المعبر عنها بالخبر تكون محل اتفاق بين سائر الفقهاء ، كقاعدة " اليقين لا يزول بالشك " أو محل اتفاق بين فقهاء المذهب الواحد كقول الأحناف والمالكية : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمبان " [3] أما القاعدة المعبر عنها بالإنشاء فتكون محل خلاف بين الفقهاء. كقول الشافعية والحنابلة : " هل العبرة في العقود بصيغ العقود ؟ أم بمعانيها ؟ " لأن هذا الأمر عندهم محل خلاف.

المبحث الخامس: نشأة القواعد الفقهية وتطورها عبر التأريخ.

تقدم في مبحث " مصادر القواعد الفقهية " أن هذه القواعد مأخوذة من نصوص القرآن والسنة إما مباشرة أو بالاستنباط منها. ومن هنا نستطيع أن نقول : إن نشأة القواعد الفقهية تزامنت مع فجر الرسالة – أي منذ نزول القرآن الكريم وبيان الرسول – ﷺ- لأحكام الدين – بسنته المطهرة ، وقد تقدم أن عدة آيات قرآنية أُعتبرت بمثابة قواعد فقهية عامة وكذلك مجموعة من أحاديث الرسول – ﷺ- وكذلك نُقلت عن أئمة الصحابة أقوال تدل على ملاحظتهم للقواعد العامة عند بيانهم للأحكام الفرعية كقول أمير المؤمنين عمر- رضي الله عنه- : " مقاطع الحقوق عند الشروط"[4] وقول حبر الأمة عبد الله بن عباس- رضي الله عنهما- " العتق ما ابتغي به وجه الله والطلاق ما كان عن وطر" [5] قال الإمام ابن قيم الجوزية : " تأمل هاتين الكلمتين الشريفتين الصادرتين عن علم قد رسخ أسفله وبسق أعلاه ، أينعت ثمرته، وذلك للطالب قطوفه، ثم أحكم بالكلمتين أيمان الحالفين بالعتق والطلاق، هل تجد الحالف بهذا ممن ابتغى وجه الله ، والتقرب إليه بإعتاق هذا العبد؟ وهل تجد الحالف بالطلاق ممن له وطر في طلاق زوجته ؟ فرضي الله

---

[1] الخبر ما يصح السكوت عليه، وهو الكلام المحتمل للصدق والكذب لذاته ، التعريفات للجرجاني ص١٠١ .

[2] الإنشاء هو الكلام الذي ليس لنسبته خارج تطابقه أو لا تطابقه نفس المرجع ص٤٠ والمراد به هنا ما كان مصدّراً بأداة استفهامٍ أو دل على استفهام. انظر موسوعة قواعد الفقد للبرنو ٩٦/١ .

[3] أشباه ابن نجيم ص٢٠٧ ومجلة الأحكام المادة ٣ – ٤/ قواعد الحصني ق/ ج/٣٨٧ والأشباه لابن السبكي ٣٤٧/١ والمنثور للزركشي ٣٧١/٢ وأشباه السيوطي ص ١٦٦.

[4] أخرجه البخاري تعليقاً في باب الطلاق ،باب الطلاق في الإغلاق والكره ٣٠٠/٩ .

[5] أخرجه الإمام أحمد في المسند١/ ٢٦٦، ٣١٤ عن ابن عباس – رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ – وضع يده على منكبي ثم قال:[اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل] وصححه الشيخ أحمد شاكر في تعليقه على المسند – رقم ٢٣٩٧و ٢٨٨١- وأصل الحديث في الصحيحين فقد أورد البخاري في صحيحه في كتاب الوضوء –باب الماء عند الخلاء – رقم ١٤٣- بلفظ[اللهم فقهه في الدين] وكذا مسلم في صحيحه في كتاب – فضائل الصحابة – ، باب فضائل ابن عباس برقم ٢٤٧٧- [اللهم فقهه في الدين ولم يذرا [وعلمه التأويل] .

عن حبر الأمة لقد شفتا كلمتاه هاتان الصدور، وطبقتا المفصل ، وأصابتا المحز، وكانتا برهاناً على استجابة دعوة رسول الله ﷺ أن يعلمه التأويل ويفقهه في الدين " [1]

وهكذا كانت هذه القواعد موضع نظر عند أئمة الفتوى والقضاء في عهد التابعين. وهذا شريح القاضي [2] أحد أشهر قضاة الإسلام في عهد التابعين أُثِرت عنه أقوالٌ تدل على رسوخ قدمه في هذا العلم كقوله: " من ضمن مالاً فله ربحه " [3] وهو مأخوذ من قوله ﷺ : (الخراج بالضمان) [4] ومن أقوال شريح : " من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه " [5] وهكذا له ولغيره من أئمة عصره أقوال كثيرة جرت مجرى القواعد . غير أن السلف الأول من الصحابة والتابعين لم يدونوا من هذه القواعد شيئاً وإنما كانوا يتناقلونها كسائر العلوم الشرعية . هذا هو الطور الأول من أطوار هذا العلم. أما الطور الثاني فكان مع نهاية القرن الثاني الهجري عندما بدأ الفقهاء في تدوين الأحكام الفقهية وفي معرض تعليلهم لهذه الأحكام ذكروا جملة من هذه القواعد، وأقدم ما وجد من هذه القواعد المدونة في كتب الأحكام ما ذكره الإمام أبو يوسف القاضي تلميذ الإمام أبي حنيفة ورئيس القضاة في دولة الرشيد - رحمهم الله - في كتابه " الخراج "[6]

قال الدكتور أحمد بن على الندوي – في كتابه القيم " القواعد الفقهية": " لما توغلت في بحوث كتاب الخراج لأبي يوسف وقفت على عبارات رشيقة تتسم بسمات وشارات تتسق بموضوع القواعد من حيث شمول معانيها – ثم ساق مجموعة من أقوال هذا الإمام الدالة على سعة أفقه وتبحره في علوم الشريعة منها :

١. التعزير إلى الإمام على قدر عظم الجرم وصغره.
٢. كل من مات من المسلمين ولا وارث له فماله لبيت المال.
٣. ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحدٍ إلا بحقٍّ ثابت معروفٍ.

---

[1] انظر إعلام الموقعين ٣/ ٤٨٧-٤٧٧ .

[2] شريح القاضي هو الفقيه أبوا أمية شريح بن الحارث بن قيس بن جهم الكندي من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام، أصله من اليمن، ولي القضاء بالكوفة في عهد عمر بن الخطاب- رضي الله عنه - وكذا في عهد معاوية - رضي الله عنه- وله باع في الأدب والشعر، عمّر طويلاً مات بلكوفة سنة ٧٨هـ. انظر طبقات ابن سعد ٦/ ١٣١، ١٤٥ وسير أعلام النبلاء للذهبي ٤/ ١٠٦ ووفيات الأعيان لابن خلّكان ٢/ ٤٦٠- ٤٦٣ رقم ١٢٩٠٠ .

[3] انظر أخبار القضاة لوكيع بن حيان ٢/٣١٩٠ .

[4] الكرماني في شرح صحيح البخاري ١٢/ ٥٥ .

[5] أبو يوسف هو الإمام يعقوب بن إبراهيم بن حبيب النصاري الكوفي صاحب الإمام أبي حنيفة وقاضي القضاة في عصره، ولد سنة ١١٣هـ وتوفي ربيع الآخر سنة ١٨٢هـ انظر مناقب أبي حنيفة وصاحبيه للإمام الذهبي ص٣٧ –٤٨ والجواهر المضيئة ٣/ ٢١١-٢١٣ .

[6] انظر قواعد الندوي ص ٩٤-٩٥٠ .

٤. إن من أقرّ بحقٍّ من حقوق الناس أو قذف أو قصـــاصٍ في نفسٍ أو دونها أو مالٍ ثم رجع عن ذلك تعدُّ عليه الحكم فيما أقرّ به ولم يبطل شيء من ذلك برجوعه. اهـ

ومن الأئمة الذين اعتنوا بالقواعد في تلك الفترة المبكرة الإمام محمد بن الحسن الشيباني [1] ، ناشر علم الإمام أبي حنيفة حيث ذكر في كتبه كثيراً من القواعد ولا سيما كتابيه " الأصل" و" الجامع الصغير" وقد عرف الإمام محمد بطول باعه وسعة علمه في علم الفقه أصولاً وفروعاً ، ومن أمثلة القواعد التي جاءت في كتبه قوله : " لو أن رجلاً كان متوضئاً فوقع في قلبه أنه أحدث وكان ذلك أكبر رأيه فالأفضل لذلك أن يعيد الوضوء ، وإن لم يفعل وصلى على وضوئه الأول كان عندنا في سعة، لأنه عندنا على وضوء حتى يستيقن بالحدث. وهذا الكلام يدل على أنه راعى قاعدة " اليقين لا يزول بالشك " ومن أقواله: لا يجتمع الأجر والضمان . وقوله: يجوز التحري في كل ما جازت فيه الضرورة ..... إلخ [2] ومن مصادر القواعد الهامة في تلك الفترة كتب الإمام الشافعي[3] – رحمه الله– كيف لا وهو قدوة الأئمة في بناء صرح الأصول ، وقد ذكر كل من كتب في تاريخ علم أصول الفقه : أن الشافعي هو أب هذا العلم العظيم وبعقليته الأصولية هذه نثر مجموعة مقدرة من قواعد الفقه في مؤلفاته ومما جاء في كتابه الأم: " الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه " ذكر هذه القاعدة في معرض تعليله لبعض أحكام الإكراه ، قال: قال الله تعالى: ﴿ إِلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالأِيمَانِ ﴾[4] وللكفر أحكام كفراق الزوجة وأن يقتل الكافر ويغنم ماله، فلما وضع الله عنه الخروج من الدين بسبب الإكراه سقطت عنه أحكام الإكراه على القول كله، لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه وما يكون حكمه بثبوته عليه. ومن أقواله : كل ماله مثلٌ يردُّ إلى مثله فإن فات يردُّ إلى القيمة. كل حقٍّ وجب عليه فلا يبرئه إلا أداؤه" ، "لا ينسب إلى ساكتٍ قولٌ" ، " ليس يحل بالحاجة محرم إلا للضرورة" ، "الرخص لا تتعدى بها مواطنها" ، "إذا ضاق الأمر اتسع"... إلخ[5].

---

[1] هو الإمام أبو عبد الله، محمد بن الحسن الشيباني فقيه العرق وصاحب الإمام أبي حنيفة وناشر علمه، ولد بواسط ونشأ بالكوفة وتوفي بالري ١٨٩هـ . انظر الفوائد البهية ص١٦٣ وكتاب الذهبي في مناقب الإمام أبي حنيفة وصاحبيه ص٤٩ وما بعدها .

[2] انظر كتاب الأصل للإمام محمد بتحقيق أبي الوفاء الأفغاني طبعة السند الأولى مطبعة دار المعارف العثمانية ٣/ ١٦٢ .

[3] الشافعي هو الإمام محمد بن إدريس بن عثمان بن شافع عالم عصره وناصر السنة فقيه الملة ، أبو عبد الله القرشي المطلبي المكي نسيب رسول الله– ﷺ – وابن عمه ولد بغزة سنة ١٥٠هـ وتوفي في آخر رجب سنة ٢٠٤هـ ومن آثاره " الأم" و"الرسالة " وغيرهما . انظر تهذيب الكمال ٢٤/ ٣٥٥– ٣٨١ وطبقات الشافعية لابن السبكي ١/ ٣ وما بعدها وسير أعلام النبلاء ١٠/ ٥–٩٩ ومناقب الشافعي للبيهقي .

[4] سورة النحل الآية ١٠٦ .

[5] كتاب الأم ٣/ ٢٣٦وما بعدها تصوير دار المعرفة بيروت والمنثور للزركشي ط: كويت تحقيق د. رشيد فائق ١/١٢٠– ١٢١ .

ونقل عن الإمام لأحمد بن حنبل[١] – رحمه الله– أمثلة كثيرة من القواعد الفقهية التي ذكرها عند تقريره لبعض المسائل الفقهية ، منها ما ذكرها الإمام أبو داود السجستاني[٢] في كتابه " مسائل الإمام أحمد" لكل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والرهن[٣] .

"كل أمر خالف أمر العامة فهو عيب يرد به " [٤]... إلخ .

كل هذه النماذج من القواعد المأثورة والمنقولة من كلام أئمة السلف في كتبهم تدل على أنهم كانوا يعتبرون بهذه القواعد في فتاواهم وبيانهم لأحكام الفقه، وكان هذا دافعاً لمن جاء بعدهم تتبع هذه القواعد وجمعها وتحريرها وتدوينها وبيان تطبيقاتها .

ولا سيما العلماء الذين اعتنوا بشرح الأحاديث وبيان ما فيها من أحكام عملية. كالإمام الخطابي[٥] الذي ملأ كتابه القيم" معالم السنن " بدرر من القواعد الفقهية الدالة على فهمه واستيعابه لقواعد الفقه وتطبيقاتها علي الأحكام الجزئية .

فمن أمثلة ما ذكره من قواعد الفقه : " الشك لا يزحم اليقين " وهي القاعدة المعبر عنها في كتب القاعد" اليقين لا يزول بالشك " وهي إحدى القواعد الخمس الكبرى . فقد ذكر الخطابي هذه القاعدة في ثنايا شرحه لحديث عباد بن تميم عن عمه شُكي إلى النبي –ﷺ– الرجل في الصلاة يجد الشيئ حتى يخّل إليه ، فقال النبي– ﷺ–: (لا ينفتل حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)[٦] وذكر الخطابي في باب اللعان : " البينتان إذا تعارضا تهاترتا وسقطتا " [٧] حيث أن الزوج إذا حلف ولاعن، ثم حلفت الزوجة ولاعنت تقابلت بينتان متساويتان فلا مرجّح لإحداهما فسقط كل منهما لعدم صلاحيتهما، وبالتالي فسقط العقوبة لعدم البينة وهذه قاعدة ذات وزن في الإثبات . وذكر في حديث " البينة على المدعى " الذمم بريئة إلا أن تقوم

---

[١] الإمام أحمد هو شيخ الإسلام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني، أحد الأئمة الأعلام ، ولد في بغداد ، الربيع الأول ١٦٤هـ وتوفي ببغداد يوم الجمعة لاثنتي عشرة خلت من ربيع الأول سنة ٢٤١هـ ومن أشهر كتبه" المسند"انظر تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٤/ ٤١٢–٤٢٣ وطبقات النابلة لأبي يعلى ٤٢١/١ ومناقب الإمام أحمد لابن الجوزي ، وسير أعلام النبلاء للذهبي ١١/ ٢٧٧– ٣٥٨ .

[٢] الإمام أبو داود هو: سليمان بن الأشعث بن شدّاد بن عمرو الإمام العلم الحافظ أبو داود الأُزدي السجستاني محدّث البصرة ،ولد سنة ٢٠٢هـ وتوفي سنة ٢٧٥هـ انظر سير أعلام النبلاء ٢٠٣/١٣– ٢٢١ وتذكرة الحفاظ ٥٩١/١–٥٩٣ برقم ٦١٥

[٣] مسائل الإمام أحمد لأبي داود ص٢٠٣ الطبة الثانية تقديم اليشخ محمد أبو الوفاء .

[٤] أخبار القضاة لوكيع بن حيان ٢/ ٥٥ .

[٥] هو الحافظ اللغوي الرحالة أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي الخطابي ، صاحب التصانيف، ولد بضع عشر ة ثلاث مائة وتوفي ببست سنة ٣٨٨هـــ ومن مؤلفاته " معالم السنن" انظر سير أعلام النبلاء ١٧/ ٢٣–٢٨ و وفيات الأعيان ٢/ ٢١٤– ٢١٧ وطبقات بابن السبكي ٣/ ٢٨٢–٢٩٠ ومقدمة كتاب معالم السنن .

[٦] أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه ، انظر معالم السنن ١/ ١٢٩.

[٧] معالم السنن ٣/ ١٦٦.

الحجة بشغلها " [1] وهذه قاعدة هامة في التقاضي وتحديد المدعي والمدعى عليه، وهكذا لا يشرح حديثاً وإلا وأشار إلى قاعدة أو ضابط من ضوابط الفقه .

ومن الأئمة الذين اهتموا بقواعد الفقه في معرض بيانهم للأحكام الفقهية العملية الإمام أبو عمر بن عبد البر[2] – رحمه الله – في جميع كتبه وخاصة كتابه العظيم " التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد " وقد أشار في مقدمة كتابه هذا أنه يعول على بيان أصول المسائل – قواعد الفقه – ثم يذكر بعض المسائل التطبيقية على كل أصل ليسهل استيعاب هذه الأحكام لأن الفروع غير منحصرة فيستحيل استيعابها من غير ضبط لأصولها فقال : " الغرض مما في كل باب من أبواب كتابنا هذا أن يتسع القول في أصوله وتوضيحها وتبسيطها ونلوح من فروعه بما يدل على المراد فيه . إذ الفروع لا تحصى ولا تنضبط إلا بضبط الأصول " [3] وقال في موضع آخر : " وإنما غرضنا التعريف بما في الحديث من المعاني التي جعلها الفقهاء أصولاً في أحكام الديانة ليوقف على الأصول وتضبط " [4] فكتاب التمهيد يعتبر من أكثر كتب الأحكام اعتناء بقواعد الفقه مع بيان أدلتها وتطبيقاتها، فما من باب من أبواب هذا الكتاب إلا ويذكر فيه قاعدة أو أكثر تحقيقاً لغرض الكتاب وهو بيان أصول المسائل كما تقدم، فإليك بعض الأمثلة من القواعد التي ذكرها في كتابه هذا :" إن اليقين لا يزول بالشك ولا يزيله إلا يقين مثله " ذكر هذه القاعدة في معرض شرحه لحديث ابن عباس – رضي الله عنهما – أن النبي – ﷺ – قال: (لا تصوموا قبل رمضان ، صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته .... الحديث) [5] قال ابن عبد البر: في حديث ابن عباس من الفقه، إن اليقين لا يزيله الشك ، ولا يزيله إلا يقين مثله، [6] وكرر هذه القاعدة في عدة أماكن من كتابه بألفاظ متقاربة . وفي معرض شرحه لحديث ابن عمر –رضي الله عنهما– أن رسول الله – ﷺ– كان يلبس خاتماً من ذهب ، ثم قام رسول الله – ﷺ– فنبذه . وقال: (لا ألبسه أبداً) قال : فنبذ الناس خواتمهم....الحديث] قال ابن عبد البر: في هذا الحديث دلالة على أن الأشياء على الإباحة، حتى يرد الشرع بالمنع منها..... إلخ[7]

---

[1] نفس المرجع ١/ ١٧٣

[2] هو الإمام العلامة حافظ الغرب ، شيخ الإسلام أبو عمر يوسف ابن عبد الله بن محمد ابن عبد البر بن عاصم النمري الأندلسي القرطبي المالكي ، صاحب التصانيف النافعة ، ولد سنة ٣٦٨هـ وتوفي ليلة الجمعة ربيع الآخر ٤٦٣هـ وعمره" ٩٥سنة" له تصانيف في فنون عدة من أشهرها " التمهيد لما في الموطأ من الأسانيد" وله الاستذكار لما في الموطأ من الآثار وهو يعتبر من أجود ما ألف في الفقه المقارن. كما أن له كتاب الكافي في فقه أهل المدينة ، وجمع فيه خلاصة حصيلته في مالك وأهل المدينة انظر الديباج المذهب ص ٣٥٧– ٣٥٩ وترتيب المدارك ٨٠٨/٤– ٨١٠ .

[3] التمهيد ١٩/ ٩٦– ٩٧

[4] التمهيد ٣٦٩/١٤ الطبعة الأولى تحقيق سعيد أحمد عراب ١٩٨٤م .

[5] نفس المرجع ٣٩/٢ .

[6] نفس المرجع .

[7] نفس المرجع ١٧/ ٩٥ .

هذه قاعدة فقهية أصولية وهي من أجمع القواعد . وكررها كذلك ابن عبد البر في عدة مواضع من التمهيد بألفاظ مختلفة. ومن القواعد التي الهامة التي ذكرها" كل مالا يجوز أكله أو شـــربه من المأكولات والمشروبات ، لا يجوز بيعه ، ولا يحل ثمنه إلخ وهكذا كلما تناول حديثاً بالشرح استخلص ما فيه من قواعد ومن الأئمة الذين أثروا كتاباتهم بقواعد الفقه المؤصّلة ، العلامة ابن قيم الجوزية –رحمه الله – فالرجل بحكم ما واجهه من مناظرات ومنازعات من كثير من علماء عصره الذين تصدوا له بسبب انتصاره لشيخه ابن تيمية ، أحاط كتاباته بالأدلة والأصـول والقواعد ، وإيراد حجج خصـومه مع تفنيدها بحجج قوية في إطالة وإسـهاب مع ما أوتي من ذكاء وقوة حجة ومعرفة واسـعة بالمذاهب الفقهية والإلمام الكبير بالسـنة وعلومها وأقوال السـلف . مما جعل كتبه من المصـادر الغنية للأدلة والقواعد والحجج النقلية والعقلية [1] وخاصـة كتابه المفيد" إعلام الموقعين عن رب العالمين "

قام بدراســة هذه القواعد التي أودعها ابن القيم كتابه المذكور الأســتاذ: أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعه الجزائري لرســالة الماجســتير في علم الفقه بعنوان " القواعد الفقهية المســتخرجة من كتاب إعلام الموقعين" من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسـلامية بالمملكة العربية السـعودية ، فجمع تسـعاً وتسـعين قاعدة بين مسـتقرئٍ ومسـتنبط فمن أمثلة هذه القواعد " إن المقاصـد والاعتقادات معتبرة في التصـرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات [2] " إن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصـــدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها " [3] درء المفاسد أولى من جلب المصالح [4] " شروط الواقف كنصوص الشارع [5] ... إلخ وهكذا جميع كتب ابن القيم مليئة بالقواعد غير أن كتاب إعلام الموقعين يعتبر من أجود وأنضـج كتبه. والأســتاذ الجزائر ي بهذه الدراســة نبه على أهمية مثل هذا النوع من الدراســة — أي – تتبع هذه القواعد واستخراجها من كتب السلف من أئمة هذا الشأن ، ككتاب " بدائع الصنائع " للكاساني وكتاب " الذخيرة " للقرافي، وكتابي " التمهيد والاستذكار" لابن عبد البر، ومدونة سحنون، وكتاب " المجموع شرح المهذب " للنووي ، وكتاب " المغني " لابن قدامة. وغيرها من كتب الفقه لأن دراســة القواعد من مثل هذه المصادر توضح للدارس كيفية تطبيق هذه القواعد على الفروع .

---

[1] الإمام ابن القيم هو: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز ، زين الدين الزرعي الدمشقي الحنبلي ، الشهير بابن قيم الجوزية، ثم أُطلق القول على الإضافة ، فقيل: ابن القيم، ولد سنة ٦٩١هـــ، شهد له– أهل الفضل – بالعلم والزهد والعبادة ، توفي ليلة الخميس الثالث عشر من رجب ٧٥١هـــ. وله مؤلفات في فنون عدة . انظر الدر رالكامنة ٢١/٤ وما بعدها والبداية والنهاية لابن كثير ٢٣٤/١٤– ٢٣٥ وكتاب ابن قيم الجوزية حياته وآثاره" للشيخ بكر أبوزيد.

[2] انظر قواعد إعلام الموقعين للجزائري ص٢١٩ .

[3] نفس المرجع ص٢٤٠ .

[4] نفس المرجع ص ٣٣٩ .

[5] نفس المرجع ص ٥٩٢ .

الطور الثالث من أطوار نشأة قواعد الفقه هو طور التدوين والتحرير، باعتبارها فناً مستقلاً بعد أن كانت متناثرة في بطون كتب السلف الأول كما تقدم بيانه. وكانت بداية هذا الطور مع مطلع القرن الرابع الهجري . وكما هو واضحٌ لمتتبع تأريخ هذا الفن : وأن التدوين قد تأخر كثيراً عن نشأته ، لأن السلف من الأئمة كانوا يعتمدون على ذاكرتهم والمشافهة في تداول هذه العلوم ، كما تقدم كانت القرون الأولى قرون أئمة الاجتهاد والاستنباط ولم يظهر التقليد إلا من بداية القرن الرابع الهجري ، وبسبب اضمحلال الاجتهاد وتقاصر الهمم في الاعتماد على الاستنباط بدأ الفقهاء يجمعون أقوال من تقدمهم من الأئمة واجتهاداتهم في كل فروع الشريعة ، وتخريج هذه الأقوال والترجيح بينها وضبط مذهب كل إمام وأصوله ، ومن خلال تجميع وبيان هذه الأصول ظهرت مصنفات لقواعد الفقه، كما قال العلامة ابن خلدون– رحمه الله – [1] " ولما صار مذهب كل إمام عِلْماً مخصوصاً عند أهل مذهبه ولم يكن لهم – أي المتأخرين– سبيل إلى الاجتهاد والقياس فاحتاجوا إلى تنظير المسائل في الإلحاق وتفريقها عند الاشتباه بعد الاستناد إلى الأصول المقررة في مذهب إمامهم اهـ [2]

وتفنن الفقهاء في تصنيف قواعد الفقه التي ورثوها من أئمتهم فتارة جمعوها تحت عنوان" القواعد" وتارة ، تحت عنوان " الأشباه والنظائر" وأحياناً بعنوان "الألغاز"[3] أو " المطارحات " [4] أو" الحيل" [5] وأحياناً باسم " الفروق" ... إلخ وأول من اعتنى بهذه القواعد تحت أسمائها المختلفة هم فقهاء الأحناف و أو ل من عرف بجمع القواعد الفقهية هو : أبو الطاهر الدبّاس [6] الحنفي على ما رواه كل من العلائي

---

[1] ابن خلدون هو العلامة العبقري أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن محمد المصري الاشبيلي العالم الاجتماعي المؤرخ ، أصله من أشبيلية ومولده ونشأته بتونس ، ولد سنة ٧٣٤هـ وله رحلات ومن آثاره " المقدمة " " والتأريخ " المسمي – العبر– توفي بصر سنة ٨٠٨ هـ انظر مقدمة كتابه التاريخ والأعلام للزركلي٣/ ٣٣٠ .

[2] مقدمة ابن خلدون ط٤، بيروت دار التراث العربي ص٤٤٩ .

[3] الألغاز جمز لغز بالضم والضمتين وبالتحريك ، ومعناه : كلام عمي معناه، المراد: السائل التي قُصد إخفاء وجه الحكم فيها لأجل الامتحان . (انظر الحموي : غمز عيون البصائر ، شرح الأشباه والنظائر ١/١٧– ١٨) واعتنى كثير من العلماء بالتصنيف تحت هذا العنوان كابن فرحون المالكي المتوفى سنة ٧١٩ الذي صنف كتاباً بعنوان" درّرة الغواص في محاضرة الحواص" – ألغاز فقهية – مطبوع : بالقاهرة مطبعة التقدم بتحقيق محمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ .

[4] المطارحات : هي مسائل عويصة ، يرد منها تنقيح الأذهان – وسميت القواعد بهذا الاسم ، لأنها علم يحتاج إلى ذكاء وذهن وقّاد – انظر مقدمة " المنثور للزركشي .

[5] الحيل جمع حيلة وهي: الذوق وجودة النظر ، والمراد بها هنا : ما يكون مخلصاً شرعياً لمن ابتلي بحادثة شرعية دينية ، ولكون هذا المخلص يحتاج إلى قوة الإدراك وجودة النظر ، سميت القواعد بهذا الاسم . انظر غمز عيون البصائر للحموي ١/ ١٨ .

[6] هو الإمام محمد بن محمد بن سفيان ، وكان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات ، ولد ببغداد ،وولي القضاء بالشام وتوفي بمكة المكرمة ، وهو من فقهاء القرن الرابع الهجري . انظر " أخبار أبي حنيفة وأصحابه" للصيرمي ١٦٢ والفوائد البهية ص١٨٧ .

والســـيوطي وابن نجيم ،[1] ذكر كل منهم أن أبا الطاهر الدباس ، جمع أهم قواعد مذهب الإمام أبي حنيفة [2] في سبع عشرة قاعدة كلية ، وكان أبو الطاهر ضريراً ، وكان يكرر كل ليلة بعد صلاة العشاء هذه القواعد بمســجده، [3] وذكروا أن أبا ســعيد الهروي [4] الشــافعي سمع بأخبار هذه القواعد عند أبي الطاهر فرحل إليه وأخذ عنه هذه القواعد وزاد عليها[5]

وأن من ضــمن القواعد التي جمعها الإمام أبو الطاهر الدباس ، القواعد الخمس الكبرى، والتي تعتبر محل اتفاق بين المذاهب الفقهية وهي : " الأمور بقاصـدها "، " اليقين لا يزول بالشـك" ، " المشـقة تجلب التيسـير" ، " الضـرر يزال أو لا ضـرر ولا ضـرار" ،" العادة محكّمة " [6] وكان من العلماء الذين عاصـروا الدباس ، أبو الحســن الكرخي [7] فأخذ ما جمعه الدباس من القواعد وأضــاف إليها بعض القواعد حتى بلغ عددها سبع وثلاثون قاعدة والتي ضـمنها رسالته المشـهورة بـــ" رسالة الأصول للكرخي" وهذه الرسالة في حقيقتها مزيج بين بعض القواعد الفقهية وأخرى أصـولية ، وهي أول مصــنف مســتقل في هذا العلم [8]. ثم كتب الإمام محمد بن الحارث الخشني المالكي المتوفى سنة ٣٦١هـ كتابه المسمى " أصول الفتيا " وتناول فيه طائفة كبيرة من القواعد والكليات الفقهية [9]، ثم جاء الإمام أبو زيد الدبوســي الحنفي المتوفى ســنة ٤٣٠هـ فأخذ رسالة الكرخي الأصولية فأضاف إليها إضافات قيمة[10] في كتاب سماه" تأسيس النظر. ثم ألّف

---

[1] انظر الموسوعة للبرنو ١/ ٧٩ وقواعد الندوي ١٣٥ .

[2] هو الإمام فقيه الملة عالم العراق أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي الكوفي مولى بني تيم الله بن ثعلبة، ولد سـنة ٨٠هـــ في حياة صغار الصحابة وكبار التابعين، قيل إنه راى أنس بن مالك – رضي الله عنه– حين دخل الكوفة– إن صح هذا الخبر فهو من التابعين – عنى أبو حنيفة بطلب الآثار وارتحل في ذلك ، أما الفقه والتدقيق والرأي وغوامض المسائل فإليه المنتهى والناس عليه عيالٌ في ذلك، توفي شهيداً– مسموماً– سنة ١٥٠هــــ ، وعمره ٧٠سنة . انظر سير أعلام النبلاء ٦/ ٣٩٠– ٤٠٣ و" أبوحنيفة وأصحابه " للصيرمي ص١–٨٩ ومناقب أبي حنيفة للإمام الذهبي ص٧–٣٣ .

[3] انظر الوجيز للبرنو ص٦٢ .

[4] هو: محمد بن أحمد بن أبي يوسف المكنى بأبي سعد وقيل: أبي سعيد المتوفى ٤٨٨هـ فقيه شافعي ، من أهل هرات ، له " الإشراف في شرح أدب القضـاء" . انظر طبقات الشافعية لابن السبكي ، تحقيق الطناحي وعبد الفتاح الحلو رقم ٥٦٣(ط. القاهرة الأولى : عيسى البابي الحلبي)، ٣٦٥/٥ والأعلام للزركلي ٣١٦/٥(ط . بيروت الخامسة دار الملايين) .

[5] انظر القواعد للندوي ص١٣٧.

[6] وقد نظم بعض الشافعية هذه القواعد الخمس الأساسية في أبيات:

خمس مقررة قواعد مذهب   للشافعي فكن بهن خبيراً
ضرر يزال وعادة قد حكّمت   و كذا المشقّة تجلب التيسيراً
والشك لا ترفع به متيقناً   والقصد أخلص إن أردت أجوراً

[7] ستأتي ترجمته .

[8] انظر قواعد الندوي ص٨٠ .

[9] نفس المرجع ص١٣٦.

[10] الوجيز للبرنو ص٦٣ .

الإمام ابن حزم[١] الظاهري كتابين في القواعد أحدهما باسم " الإملاء في قواعد الفقه" في ألف ورقة [٢] والآخر باسم" فن القواعد" وقيل باسم " الدرة"[٣] وذكره الإمام الذهبي باسم " درة القواعد في فقه الظاهرية"[٤] وهذا الكتاب أيضاً من ألف ورقة . وفي القرن السادس الهجري صنف الإمام علاء الدين السمرقندي كتاباً باسم" إيضاح القواعد" [٥] .

أما القرن السابع الهجري كان حافلاً بمؤلفات مشاهير الأئمة في القواعد. وتطورت القواعد بهذه المؤلفات كماً وكيفاً.فمن أبرز تلك المؤلفات:

١. " القواعد في فروع الشافعية " للسهلكي الشافعي .
٢. " قواعد الأحكام في مصالح الأنام " للعز بن عبد السلام الشافعي .
٣. " المذهّب في قواعد المذهب " للعلامة محمد بن عبد الله البكري المالكي .
٤. " أنواء البروق في أنواع الفروق " للقرافي، ولا يختلف اثنان من أهل هذا الفن أن كتاب الفروق للقرافي كان نسيج وحده، وعمدة ما جاء بعده .

ثم كان القرن الثامن الهجري الذي كان العصر الذهبي لقواعد الفقه، حيث ظهرت فيه مؤلفات جليلة في القواعد في جميع المذاهب، كالقواعد الكبرى للطوفي الحنبلي والقواعد النورانية لشيخ الإسلام بن تيمية، والأشباه والنظائر لابن الوكيل الشافعي وهو أول مؤلف للواعد الفقهية بعنوان "الأشباه والنظار" و" القواعد " للمقّري المالكي و" المجموع المذهب في ضبط قواعد المذهب" للعلائي الشافعي و" الأشباه والنظائر" لابن السبكي" والأشباه والنظائر" للأسنوي و"المنثور في القواعد" للزركشي " والقواعد في الفقه الإسلامي" لابن رجب الحنبلي ومصنفات أخرى كثيرة .

أما القرن التاسع لم يظهر فيه كتاب له أهمية في القواعد إلاّ " الأشباه والنظائر " لابن الملقن . ثم جاء في القرن العاشر الهجري الإمام جلال الدين السيوطي وألف كتابه " الأشباه والنظائر" وجمع فيه ما تناثر عند غيره ، فكتابه مع صغر حجمه من أنفع الكتب في هذا الباب . ثم صنف على منواله الإمام ابن نجيم الحنفي " الأشباه والنظائر" ، وقد استفاد فيه من كتاب السيوطي كثيراً حتى قال بعضهم: إن هو إلاّ

---

[١] هو الإمام العلامة ذو الفنون والمعارف أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفارسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي اليزيدي مولى الأمير يزيد بن سفيان بن حرب ، الفقيه الحافظ الوزير الظاهري صاحب التصانيف ، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـوتوفي سنة ٤٥٦ . انظر سير أعلام النبلاء ١٨/١٨٤-٢١٢ وتذكرة الحفاظ٢/ ١١٤٦-١١٥٥ ووفيات الأعيان ٣/٣٢٥-٣٣٠ برقم٤٤٨ .

[٢] سير أعلام النبلاء ١٨/ ١٩٥ .

[٣] نفس المرجع ١٨/ ٣١٩ .

[٤] المحلى لابن حزم و سير أعلام النبلاء ١٨/١٩٥/

[٥] هو الإمام محمد بن أحمد السمرقندي علاء الدين أبو بكر الحنفي ، من كبار فقهاء الأحناف في عصره، من أشهر آثاره" تحفة الفقهاء " و" اللباب في الأصول" ، توفي سنة (٥٤٠هـ) انظر "هداية العارفين " ٦/٩٠ والأعلام للزركلي ٥/ ٣١٧.

نسخة من كتاب السيوطي، غير فن التأليف والترتيب . وهذا القول فيه مجازفة وإجحاف في حق الإمام ابن نجيم فمن نظر في كتابي السـيوطي وابن نجيم يجد بينهما تقارباً كثيراً وربما تطابقاً أحياناً، ولكن هذا لا يعني أن ابن نجيم نقل كتاب السيوطي، بل ربما كان من باب توافق الأفكار، ولا سيما تعاصر الإمامان ومصادر تلقيهما متقاربة، ومع ذلك لكل منهما شـخصـيته المتميزة فيما كتب، ولا يعيب المؤلف الاسـتفادة ممن سبقه في موضوعه، فما من عالم أو مؤلف إلا واستفاد ممن سبقه، وما عُرف كتابٌ في القواعد الفقهية وجد من الاهتمام والعناية ما وجده كتاب ابن نجيم، وهو المرجع الأصـلي لقواعد مجلة الأحكام العدلية { القانون المدني للدولة العثمانية، دولة الخلافة الإسـلامية الأخيرة } التي وضـعتها مجموعة من العلماء في نهاية القرن الثاني عشـر الهجري ، والمجلة عبارة عن تقنين للمعاملات في شـكل مواد قانونية ، صُـدّرت بتسـع وتسـعين قاعدة بمثابة المبادئ العامة لمواد المجلة ، وحظيت المجلة بشـروح عدة منها: شـرح المجلة لرسـتم باز- النصـراني وشـرح الشـيخ أحمد الزرقاء — المسـمى بشـرح القواعد ،لأنه أفرد القواعد بالشـرح دون مواد المجلة الأخرى ، وتناول الدكتور مصطفى الزرقاء بعض مواد المجلة بالتعقيب والتوضيح في كتابه " المدخل العام " .

المبحث السادس: أهم المؤلفات في القواعد الفقهية في القديم والحديث

يصعب على المرء حصر جميع ما كُتب في القواعد الفقهية في جميع العصور، لكثرة ما كُتب في هذا الموضـوع ، مع قلة ما طبع ونُشـر منها، ولا زال عدد مقدر من هذه المؤلفات مخطوط في المكتبات المختلفة في انتظار من ينفض عنه التراب بالتحقيق والنشـر. وقد ذكرت مجموعة من هذه المؤلفات في مبحث نشـأة القواعد الفقهية وتطورها، ولأهمية معرفة مصـادر هذه القواعد ، ولا سـيما للباحثين وطلاب العلم رأيت أن أُفرد مبحثاً خاصاً لبيان أهم المؤلفات في هذا الفن حسب الترتيب الزمني للمذاهب الأربعة المشهورة وغيرهم ، إلا ما اقتضى التنسيق بين هذه الكتب لعلاقتها ببعضها، كأن يكون أحد هذه الكتب شرحاً أو إضافة أو اختصـاراً أو تعليقاً لمؤلَّفٍ آخر فأذكره عقب الأصـل وإن بعدما بينهما زمناً، فإليك هذه الكتب مع تراجم مختصرة لمؤلفيها :

أولاً : المذهب الحنفي

(١) " أصول الكرخي "

المؤلف هو: عبيد الله بن الحسن بن دلاّل ،الشهير بأبي الحسن الكرخي، من أهل كرخ جدّان قرية من قرى العراق، ولد سنة ٢٦٠هـ وسكن بغداد ودرّس فيها، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق . أخذ عنه العلم عددٌ من الأعلام كأبي على الشاشي، صاحب " أصول الشاشي والجصّاص صاحب" أحكام القرآن وروى عنه الإمام الحافظ ابن شـاهين، وكان مع غزارة علمه وكثرة رواياته وعظم عبادته صـبوراً على الفقر، زاهداً عما في أيدي الناس. ومن آثاره الرسالة التي نحن بصددها ، وشرح بعض كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني كالجامع الصغير والجامع الكبير وتوفي سنة ٣٤٠هـ [١]

أما كتابه " أصول الكرخي " يكمن أهميته في أنه أول كتابٍ صُنّف في هذا العلم، وهو اللبنة الأولى في هذا البناء الشامخ الذي لايزال يعلو ويتسع عبر القرون، ولسان حال كل من جاء بعده يقول ماقاله ابن مالك صاحب الألفية في النحو في حق ابن معطي صاحب الألفية في النحو الذي سبقه في تأليف الألفية في النحو– رحمهما الله– :

وهو بسبق حائزٌ تفضيلا مستوجباً ثنائيَ الجميلا *

---

[١] انظر" الأنساب" لعبد الكريم السمعان بتحقيق عبد الفتاح الحلو، ط:بيروت الطبعة الأولى ١٤٠١هـ ١٠/ ٣٩٠-٣٩١ و" تاريخ بغداد" للخطيب البغدادي ١٠/ ٣٥٤-٣٥٥ والفوئد البهية في تراجم الحنفية _ اللكنوي ص١٠٨-١٠٩ والأعلام للزركلي ط٢ ، ٤/ ٣٤٧ .

فقد شرح كتاب الكرخي هذا الإمام النسفي [١] ووضحه بالأمثلة مما زاد من أهمية الكتاب. وطريقة الكرخي البدء بكل قاعدة تحت عنوان " الأصـــل" وبلغ عدد القواعد التي جمعها ســـت وثلاثون قاعدة، والكتاب رغم أنه باكورة التأليفات في هذا الفن محكم الصياغة حلو العبارة ، ولا تختلف عباراته عن عبارات القواعد عند المتأخرين . كقوله: " الأصـل ما ثبت باليقين لا يزول بالشـك" وعبارة القاعدة عند المتأخرين" اليقين لا يزول بالشـك " [٢] ومما يؤخذ على المؤلف إدخاله بعض القواعد الأصولية ضمن القواعد الفقهية ، كقوله: الأصـــل أنه يفرق بين علة الحكم وحكمته، فإن علته موجبة وحكمته غير موجبة[٣] وهذه قضـــية أصـولية، لا علاقة لها بقواعد الفقه ، وأغلب قواعد الكرخي قواعد مذهبية –أي مذهب الإمام أبي حنيفة– ولم يدّع الكرخي أنه اسـتنبط هذه القواعد باجتهاده ، وإنما أخذ غالبيتها من كتب الإمام محمد بن الحســن الشـيباني والتي شـرحها الكرخي . وقد يكون أخذ بعضــها من قواعد الدباس التي سـبق ذكرها . ورسـالة الكرخي مطبوعة مع كتاب " تأسيس النظر " للدبوسي .

(٢) " تأسيس النظر" لأبي زيد الدبوسي .

المؤلف هو: عبيد الله بن عمر بن عيسى القاضي أبو زيد الدبوسي، من بلدةٍ تسمى " الدبوسية " ، بين بخارى وسمرقند ، وكان مضـــرب المثل في النظر واســـتخراج الحجج والرأي وكان له ببخارى وسمرقند مناظرات مع كبار العلماء [٤] وقال ابن خلّكان في وفيات الأعيان– :"كان من كبار أصـحاب أبي حنيفة ، ممن يضرب به المثل ، وهو أول من وضع علم الخلاف وأبرزه إلى الوجود[٥] اهـ.وله مؤلفات قيمة، من أشهرها " الأسـرار في الفقه" [٦] ، توفي ببخارى سنة ٤٣٠هـــ وكتابه " تأسيس النظر " أفضـل ما كُتب في القواعد الفقهية في القرن الخامس الهجري وعالج موضوع القواعد في كتابه هذا من خلال بيان أسباب الخلاف بين الفقهاء ، وهو بهذا يعتبر رائد الفقه المقارن ، حيث وضـــح القواعد التي أنبنى عليها هذا الخلاف ، يقول –

---

[١] النسفي هو: العلامة عمر بن محمد بن أحمد النسفي السمرقندي الملقب بنجم الدين والمكنى بأبي حفص ، ولد بنسف سنة ٤٦١هـ ، وكان فقيهاً عالماً بمذهب أبي حنيفة كما أنهة كان أديباً ، صنف عدداً من الكتب في الحديث والتفسير والفقه ونظم " الجامع الصـــغبر" للإمام محمد بن الحســـن الشـــيباني ٠انظر " تاج التراجم في طبقات الحنفية " ط: بغداد٠ مطبعة المعاني ١٩٦٢م ص٤٧ رقم١٤٠ .

[٢] رسالة الأصول للكرخي مع تأسيس النظ للدبوسي ص ١١٠–١١١ .

[٣] نفس المرجع ص١١٨ .

[٤] انظر "الأنساب للسمعاني ٢٧٣/٥ و"شذرات الذهب "لابن العماد ٣/ ٢٤٥–٢٤٦ ٠

[٥] " وفيات الأعيان" بتحقيق احسان عباس ، ط: بيروت، مطبعة القريب، ٣/ ٤٣ برقم ٣١٤

[٦] نفس المرجع .

في معرض أهداف كتابه – :"جمعت في كتابي هذا أحرفاً إذا تدبّر الناظر فيها وتأمّلها عرف مجال التنازع ومدار التناطح عند التخاصم " [1] واشتمل الكتاب على ستٍّ وثمانين قاعدة ، معظمها قواعد مذهبية، ورتّب المؤلف كتابه على ثمانية أقسامٍ ، متناولاً أسباب الاختلاف بين الفقهاء حسب الترتيب التالي:

١. الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد .
٢. الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد.
٣. الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف.
٤. الخلاف بين أبي يوسف ومحمد .
٥. الخلاف بين فقهاء الحنفية الثلاثة ، محمد والحسن بن زياد وزفر .
٦. الخلاف بين الأحناف ومالك .
٧. الخلاف بين فقهاء الحنفية الثلاثة، محمد والحسن بن زياد وزفر وبين ابن أبي ليلى.
٨. الخلاف بين فقهاء الحنفية الثلاثة والشافعي.

والكتاب يدل على تبحر صاحبه في الفقه وأصوله وقواعده ومسائل الخلاف بين الفقهاء وأسباب هذا الخلاف ، وهو كما تقدم اللبنة الأولى لصرح الفقه المقارن.طبع الكتاب ومعه رسالة الأصول للكرخي، بتحقيق مصطفى القباني الدمشقي ، طبع في دار ابن زيدون – لبنان .

(٣) " الأشباه والنظائر" لابن نجيم .

المؤلف: هو الإمام العلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الشهير بابن نجيم الحنفي، المصري ، أحد الأعلام الثقات في القرن العاشر الهجري ، قال عنه العلامة تقي الدين التميمي: "كان إماماً عالماً مؤلفاً ومصنفاً ماله نظيرٌ في زمنه... في الجملة كان من مفاخر الديار المصرية.[2] وله عدة مؤلفات وجدت الاستحسان والقبول من سائر العلماء في الفقه والأصول، أما كتابه" الأشباه والنظائر" فقد تبوأ مكاناً مرموقاً بين كتب القواعد الفقهية ، نسجه المؤلف على منوال " أشباه ابن السبكي" كما أنه استفاد كثيراً من" أشباه " السيوطي – رحمهم الله جميعاً– وقد قسم " الكتاب إلى عدة فنون، وخص الفن الأول بالقواعد الخمس الكبرى، وزاد قاعدة سادسة على القواعد الكبرى وهي" لا ثواب بلا نية" [3]، فقد أدرج

[1] تأسيس النظر ص٥ .

[2] " الطبقات السنية في تراجم الحنفية"، تحقيق : د. عبد الفتاح محمد الحلو(ط:الرياض الأولى، دار الرفاعي للنشر والطباعة سنة١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م : ٣/

[3] " الأشباه والنظائر" لابن نجيم ،ق١ ص٩ .

الفقهاء هذه القاعدة في القاعدة الكبرى"الأمور بمقاصـــدها" أما ابن نجيم فقد أراد بفصـــلها عن قاعدة " المقاصـد" فصـل ما يتعلق بالعبادات المحضـة عن معاملات العباد الدنيوية . وخص الفن الثاني بقواعد هامة غير القواعد الكبرى الســالف الذكر، وعددها تســع عشــرة قاعدة ، فصــارت جملة قواعد الكتاب خمس وعشرون قاعدة . أما بقية الكتاب فجعله في الفنون الأخرى كالألغاز والمطارحات والفروق ...إلخ [1]

وما عرف كتاب وجد من الاهتمام والرعاية في قواعد الفقه ما وجده كتاب ابن نجيم .

وقد ظهرت مجموعة من المؤلفات في خدمة هذا الكتاب إما في شرح غوامضه أو اختصار مواضيعه أو اســتدراكاً على نواقصــه...إلخ ، وقد ذُكر أن ما كتب حول هذا الكتاب بلغ خمس وعشــرون كتاباً. [2] منها:

١. " تنوير البصــائر على الأشــباه والنظائر" لمؤلفه- عبد القادر بن بركات بن إبراهيم، ويقال له : ابن حبيب الملقب بشـرف الدين ، المتوفى سـنة ١٠٠٥هــــ، وكان أحد أعلام المذهب الحنفي، عارف بالتفسير والعربية وله مؤلفات في الفقه منها: هذا الشرح [3] .

ذكر في مقدمة كتابه هذا : أنه اســتدرك على- ابن نجيم – بعض المســائل المهمة حيث يقول:" سميته بتنوير البصـائر على الأشـباه والنظائر ذاكراً فيه ما أغفله من اسـتثناءات ، وما تركه من القيود والمبهمـات، ومنبهـاً، على مـا طغى بـه قلم مـداده ، ومـا عثر بـه كريم جواده، وموردا ً فيهـا تحقيقات ينشرح لاستماعها الإنسان، وفوائد مهمة يطرب لتلاوتها التكلان" [4].

٢. " غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر" لأحمد بن محمد الحموي، الحنفي، الأصولي، المتوفى سنة ١٠٩٨هـ، درس بالقاهرة ودرّس بها، له مؤلفات عديدة، تدل على سعة علمه وطول باعه في العلوم الشرعية والعربية. وكتابه هذا أفضل وأدق شرح لكتاب" الأشباه" لابن نجيم، فبالإضافة على توضيح المعاني الغامضـة في الكتاب، أضـاف عدة استدراكات على ابن نجيم ، نبه على فوائد كثيرة. وهذا الشرح مطبوع مع الأصل في أربع مجلدات . ٥

٣. " عمدة ذوي البصائر لحل مهمات الأشباه والنظائر" لمؤلفه العلامة: مفتي الحرمين إبراهيم بن حسين بن أحمد – المعروف- بالبيري ، ولد سنة ١٠٢٣هـــ وتوفي سنة ١٠٩٩هـــ ، وكتابه مخطوط، منه

---

[1] نفس المرجع ص١٣ .

[2] قواعد الندوي ص١٧١ .

[3] انظر" قواعد" الندوي ص١٧٢ و"الأعلام " للزركلي ٤/ ١٦٢.

[4] الندوي " القواعد" ص١٧٢ .

[5] " غمز عيون البصائر" ص٥ .

نسخة بمركز الملك فهد- الرياض -المملكة العربية السعودية- فقه - حنفي- وذكر فيها أن أصل المخطوط بجامعة الأزهر بالقاهرة برقم ٥٠٣٥٣ .

٤. " عمدة الناظر على الأشباه والنظائر" : المؤلف : محمد بن على بن على اسكندر الحسيني، المصري ، فقيه حنفي، وكتابه يعتبر من الشروح الواسعة لكتاب ابن نجيم ، فهو يقع في ثلاثة مجلدات . [١] و هناك كتب أخرى حول كتاب ابن نجيم أغفلت عن ذكرها خوف الإطالة.

(٤) " خاتمة جامع الحقائق":لأبي سعيد الخادمي .

المؤلف:هو العلامة محمد بن محمد بن مصطفى الخا دمي، المكنى بأبي سعيد، الفقيه الأصولي ،الحنفي ،المتوفى سنة١١٧٦هـ ، حفظ المتون وبرع في الفنون و له مؤلفات نافعة في الأصول والفروع ، منها " حاشية على درر الحكام شرح غرر الأحكام في فقه الحنفية "[٢] أما كتابه " خاتمة جامع الحقائق" فقد ألف الخادمي كتاباً في أصول الفقه، تحت عنوان " جامع الحقائق" وختمه بمجموعة من قواعد الفقه، بلغ عددها مائة وأربع وخمسون قاعدة، سردها سرداً من غير تعليق أوشرح ، ومعظم هذه القواعد مأخوذة من كتاب ابن نجيم " الأشباه والنظائر" بالإضافة إلى قواعد هامة وقام العلامة مصطفى كوزل حصاري بفصل القواعد عن الأصول من كتاب الخادمي فجعلها في كتاب مستقل تحت عنوان" منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق" وتناول هذه القواعد بالشرح والتعليق والتوضيح بالأمثلة ، وقد طبع كتاب كوزل المذكور مع أصله " جامع الحقائق" بمصر - المطبعة العامرة ١٢٨٨هـ[٣] .

(٥) " قواعد مجلة الأحكام العدلية".

أنشئت في الدولة العثمانية المحاكم النظامية على عهد السلطان الغازي عبد العزيز خان، وذلك في عام ١٢٩٢هـ للفصل في قضايا المعاملات ، فشُكّلت لجنة من كبار العلماء لوضع قانون تسير عليه تلك المحاكم، فقامت اللجنة بصياغة الأحكام الشرعية في المعاملات في مواد على غرار مواد القوانين الوضعية ، وقد بلغت مواد ذلك القانون ١٨٥١مادة في ستة عشر كتاباً ،[٤] وأخذت اللجنة بالراجح من

---

[١] الندوي " القواعد" ص١٧٤ .

[٢] انظر" فتح المبين في طبقات الأصوليين" للمراغي، ط١: - مصر - المطبعة العامرة ١١٦/٣.

[٣] " قواعد الندوي" ص١٧٦-١٧٨ و"المدخل الفقهي العام " د: الزرقاء ٩٥١/٢ .

[٤] القواعد التي وردت بالمجلة ليست كلها قواعد فقهية بالمعنى الاصطلاحي، بل فيها بعض القواعد الأصولية ، مثل" المطلق يجري على إطلاقه مالم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة"(م/٦٤) و"الأصل في الكلام الحقيقة"(م/١٢" لاعبرة في للدلالة في مقابلة النص"٠(م/١٣) و"لامساغ للاجتهاد في مورد النص". (م/١٤) ..... إلخ .

مذهب الأحناف في غالب المواد وصُـدّرت مواد المجلة ب٩٩،[١] قاعدة فقهية بمثابة المبادئ العامة لضـبط مواد القانون ، وجُلّ تلك القواعد أخذت من كتابي ابن نجيم والخادمي" الأشـباه والنظائر" و"خاتمة مجامع الحقائق" مع إضافات بعض القواعد الهامة، فأصبحت المجلة موسوعة فقهية في المعاملات أصولاً وفروعاً، وضبطت سير الأحكام وصانتها من الاضطراب والتضارب ، حيث كان المرجع للأحكام قبل المجلة كتب الفقه الحنفي على اختلاف مؤلفيها، مما كان يتطلب جهداً مضنياً من القضاة للوصول إلى أرجح الأقوال في المسألة ، ولا سيما مع كثرة القضايا وضعف ملكة التفقه والاستنباط .

وقد اعتنى العلماء بالمجلة تعليقاً وشرحاً، ومن أهم شروحها:

١. " مرآة مجلة الأحكام العدلية" تأليف سـعود أفندي تركي باللغة العربية على المتن التركي وطبع بالاستانة عام١٢٩٩هـ - ١٨٨١م . [٢]
٢. " شرح المجلة " لسليم رستم ، النصراني ، اللبناني، وهو أكثر الشروح المتداولة في الدائر القانونية في البلاد العربية [٣]
٣. " دررالحكام شرح مجلة الأحكام" للعلامة الفقيه على حيدر[٤] وهذا الشرح هو أكبر وأوسع شروح المجلة وأنفعها، وصار مرجعاً لشرّاح المجلة .
٤. " شرح المجلة " لخالد الأتاسي [٥] والذي قام بشرح مواد المجلة دون القواعد ، التي صدرت بها . بدأ من باب البيوع إلى المادة [١٧٠٠] فعاجلته المنية ثم جاء ابنه العلامة محمد طاهر الأتاسي [٦] وأكمل شرح المواد، كما أنه شرح القواعد، وبشرحه اكتمل الكتاب، حتى عُدّ من أفضل شروحات المجلة .
٥. " شرح" المحاسني[٧] الدمشقي المتوفى سنة ١٣٧٤هـ ، وطبع شرحه بمطبعة الترقي بدمشق سنة ١٣٤٦هـ- ١٩٢٧م .

---

[١] " تاريخ الدولة العثمانية" - محمد فريد بك المحامي، ص ٥٧٠ .

[٢] انظر "قواعد الندوي"ص١٨١.

[٣] " قواعد الندوي" ص١٨١ .

[٤] الشيخ على حيدر كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز العثمانية ، وأمين الفتيا، ووزير العدلية وأستاذ المجلة بمعهد الحقوق في استنبول سابقاً ، وقد شرح المجلة باللغة التركية ،وقام بتعريب شرحه المحامي فهمي الحسيني.انظر مقدة ، الترجمة ص٣-٤ .

[٥] الأتاسي :هو العلامة الجليل خالد بن محمد بن عبد الستار، العطاسي، المعروف بالأتاسي، ولد في حمص سنة ١٢٥٣هـ وتوفي بها سنة ١٣٢٦هـ . انظر ، عمر كحالة "معجم المؤلفين"٤/ ٩٧ .

[٦] محمد طاهر الأتاسي ، تولى قضاء حمص بعد أبيه إلى أن توفى ،وكان أديباً، له مؤلفات ، منها "إكمال شرح مجلة الأحكام" الذي ؤبدأه والده- رحمهما الله- . انظر الزركلي" الأعلام" ٣/ ٣١٩ .

[٧] المحاسني: هو الفقيه محمد بن سعيد بن أبي الخير المحاسني، حقوقي ، ولد بدمشق سنة١٣٠٣هـ وتولى القضاء، ثم عمل بالمحاماة ودرّس بمعهد الحقوق بدمشق حتى توفي. انظر " معجم المؤلفين" لعمر كحالة ٢٩/١٠ .

٦. " شرح القواعد" للشيخ أحمد الزرقاء: فقد أفرد الشيخ أحمد الزرقاء [1] قواعد المجلة بالشرح دون المواد، وشرحه يعتبر أو سع وأدق شرح للقواعد.

ومما يجدر ذكره أن كل شـــروح المجلة كانت وفق المذهب الحنفي- المذهب الرسمي للدولة العثمانية- وبما أن أغلب قواعد المجلة وتطبيقاتها الفرعية تصلح أن تكون إطاراً للمعاملات المدنية بشرح أو سع وأعمق يُتجاوز فيه المذهبية الفقهية إلى آفاق أرحب تستوعب ما في المذاهب الفقهية الأخرى المعتبرة، مما سيساعد في توحيد التشريعات بين الدول الإسلامية . وكان مشرع الجامعة العربية في توحيد التشريعات العربية، يعتمد على المجلة في التشـــريعات المدنية، ومن قبل اســتفاد بعض البلاد العربية في القوانين المدنية من مواد وقواعد المجلة كقانون" المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م كما سيأتي بيانه.

ثانيا: المذهب المالكي

(١) " أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك" للخشني.

المؤلف هو: محمد بن حارث بن أســد الخشـــني، أبو عبد الله ، ولد بالقيروان أواخر القرن الثالث الهجري- حوالي ٢٩٣هـ - وهو ممن عُرفوا بالتنقُّل لطلب العلم ، أخذ العلم في بداية حياته في مسقط رأسه " القيروان" عن كل من أحمد بن نصـــر وأحمد بن زياد وأحمد بن يوســف وابن اللباد ثم رحل إلى الأندلس وعمره اثنا عشـر عاماً وتتلمذ بقرطبة على محمد بن عبد الملك وقاســم بن أصـبغ ومحمد بن لبابة ، وكان هؤلاء في تلك الفترة أعلام المذهب المالكي بقرطبة [2]، شـهد للخشـني العلماء بالحفظ والفقه وسـلامة الفهم ، وكان مؤرّخاً وعالماً بأسماء الرجال ومولعاً بالكيمياء، وليَ الشورى بقرطبة ، وألّف للأمير المستنصر بالله كتباً كثيرة ، وكان الأمير يغدق عليه العطايا وبعد موت المستنصر احتاج حتى جلس في الحانوت لبيع الأدهان . له مؤلفات قيمة، منها: " القضـــاة بقرطبة" و تأريخ علماء الأندلس " و" الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك" و"أصول الفتيا " وغيرها . توفي الخشـني سـنة ٣٦١ وقيل ٣٦٦هـــ وكتابه " أصـول الفتيا" هو أول كتاب في قواعد مذهب الإمام مالك -رحمه الله - والخشني يعدّ عند المحققين رائداً للتأصيل وتقعيد القواعد الجامعة في كل باب من أبواب الفقه، والكتاب بحق يدل على ســـعة علم الخشـــني وطول باعه في الفقه

[1] هو: الشـــيخ العلامة أحمد بن محمد بن عثمان الزرقاء- والد الدكتور مصـــطفى الزرقاء- رحمهما الله ، ولد بمدينة حلب بسـوريا وذلك عام١٢٨٥هــــ، تلقى العلم عن والده وعلماء بلده في عصـره ، انتهت إليه رئاسـة المذهب الحنفي ، وكان أديباً فصيحاً واسع الاطلاع، توفي بحلب عام ١٣٥٧هـ. انظر مقدمة " شرح القواعد " بقلم الشيخ عبد الفتاح أبو غدة . ": الخامسة ، ص ١٧-٢٩.

[2] انظر مقدمة محقق الكتاب ص ١٧و ٢١ و٣١ و"تذكرة الحفاظ" ١٩٦/٣ و"تاريخ علماء الأندس" لابن الفرضـــي ٤٠٤/١ و"الأعلام للزركلي" ٦/ ٣٠٣ -ط:٣

المالكي أصولاً وفروعاً وخاصة " المدونة " ويتميز كتاب الخشني بعدم خوضه في فروع المسائل والافتراضات الفقهية ، بل هدف إلى تأصـيل المسـائل وبيان قواعدها ، وهو أشـار إلى ذلك بقوله:" جمعت في هذا الكتاب أصول الفتيا على مذهب الإمام مالك بن أنس والرواة من أصحابه جمعاً محكماً ، قيّدت فيه المعاني المكررة والمسائل الفقهية بالألفاظ الموجزة والإشارات المفهمة، ولم أدع أصلاً يتفرع منه جياد المعاني والأعقدة يستنبط منها حسان المعاني بلغ إليها علمي ووجدتها حاضرة في ذهني إلا أودعتها كتابي وضمنتها برسمي ولم أقصد بكتابي هذا قصد السؤالات الغريبة ولا الجدليات الغامضة ، وإنما قصدت إلى ما يطرد أصله ولا يتناقض حكمه وإلى ما يؤمن اضـطرابه ولا يخشـى اختلافه وإلى كل جملة كافية ودلالة صـادقة وإلى كل مقدمة صحيحة وإشارة مبينة وإلى كل قليلٍ يدلُّ على كثيرٍ وقريبٍ يدين من بعيدٍ ... وقد قيدت في صدره التعريف بجميع ما يحويه من الأبواب ليكون ذلك دلالة للمتعرف ومفهماً للمتصفح. اهـ[1]

وعبّر الخشـني عن كل قاعدة من قواعد كتابه بكلمة" أصـل" أو "كل" وتتميز لغة الكتاب بسـهولتها وجمال عباراتها ، وزاد جهود المحقق الكتاب وضـوحاً وسـهولة وطبع الكتاب بتحقيق وتعليق كل من محمد المجدوب ودكتور محمد أبو الأجفان والدكتور عثمان بطيخ – الطبعة الأولى – الدار العربية للكتاب ١٩٨٥م .

(٢) " أنوار البروق في أنواء الفروق": - المعروف - بـ"الفروق" ٢

المؤلف هو:أبوالعباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن الصـنهاجي [3] المصـري، الملقب بشـهاب الدين ، المشـهور بالقرافي نسـبة إلى القرافة المحلة المجاورة لقبر الإمام الشـافعي، والقرافي أحد أعلام الإسـلام ، انتهت إليه رئاسـة المذهب المالكي في عهده . أخذ أكثر الفنون على العز بن عبد السـلام – سلطان العلماء – ولازمه طويلاً، ومن أشهر شيوخه الإمام جمال الدين بن الحاجب [4]

والقرافي كان صاحب مدرسة مميزة وعبقرية فذّة ، ويشهد على ذلك مؤلفاته التي اتسمت بالتحقيق وحسـن الترتيب وجودة الاسـتنباط ،وكتابه "الفروق" الذي لم يسـبق إلى مثله ، وكذلك أصـل الفروق" الذخيرة" لخير دليلٍ على أن القرافي لم يكن مقلداً لأحدٍ في تصنيفاته . ومن أجود مؤلفاته بجانب " الذخيرة"

---

[1] " أصول الفتيا للخشني" ص٤٤-٤٥ .

[2] ويسمى ب" كتاب الأنوار والأنواء . كما يسمى" الأنوار والقواعد السنية" انظر الفروق ١/ ١١

[3] نسبة إلى قبيلة صنهاجة من برابرة المغرب .

[4] انظر "الديباج المذهّب " لابن فرحون بتحقيق د: محمد الأحمدي أبو النور، ط: القاهره ، دار التراث .

و" الفروق" كتابه القيم " الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصـرفات القاضـي والإمام" [1] وله عدد من المصنفات المفيدة غير ما ذكر .

ما يميز كتاب القرافي في الفروق عما سـبقه من كتب في الفروق، أن الفقهاء الذين كتبوا في الفروق قبل القرافي إنما كانوا يبحثون عن الفروق بين المسـائل الفقهية الفرعية، ليُلحقوا كل جزئية بما يناسـبها من القواعد، أما القرافي فجعل موضـوع فروقه البحث في الفروق بين القواعد الفقهية ، أما الجزئيات فهي تابعة لقواعدها تلقائياً ، وهذا ما زاد كتابه شـرفاً ومكانة .ذكر لفرافي هذه الميزة لكتابه بقوله: "عوائد الفضـلاء وضع كتب الفروق بين الفروع ، وهذا في الفروق بين القواعد وتلخيصها، فله من الشرف على تلك الكتب شرف الأصول على الفروع " [2]

جمع القرافي في الفروق خمسمائة وثمان وأربعين قاعدة[3] ومما يجدر الإشارة إليه أن مفهوم القاعدة عند القرافي أوسع وأشمل من المفهوم الاصطلاحي. حيث يعني القرافي بالقاعدة بالإضافة إلى القاعدة في اصطلاح الآخرين بعض الضوابط الهامة والأحكام الأساسية. كقوله: "الفرق بين قاعدة خيار المجلس وقاعدة خيار الشرط"...إلخ وما ذكره هنا أحكام وليست قواعد كما هو ظاهر. وقد قام العلامة سراج الدين قاسم بن عبد الله الأنصاري المالكي، المعروف بابن شاط المتوفى سنة ٧٢٣. ببعض الاستدراكات على القرافي في الفروق – بكتاب سماه " إدرار الشروق على أنوار الفروق" كما أن للشيخ محمد بن على بن حسين المالكي المتوفى سنة ١٣٣٧هـ حاشية على الفروق شرح فيها الفروق. وكلا الكتابين مطبوع مع الأصل . واختصر " الفروق" العلامة أبوعبدالله محمد بن إبراهيم البقّوري المالكي المتوفى سنة ٧٠٧هـ وهذا المختصر مخطوط بخزانة القرويين بفاس ونسخة أخرى بدار الكتب الوطنية بتونس [4].

(٣) " القواعد" للمقّري المالكي .

المؤلف هو: العلامة محمد بن محمد بن أحمد المقّري، نسـبة إلى مقّرة قرية من قرى إفريقيا- تونس- المكنى بأبي عبد الله جد المؤرخ الأديب أحمد المقّري – صـاحب نفح الطيب- ولد بتلمسـان وتعلم بها على علماء عصـره حتى نبغ في فنون كثيرة ، وكان بجانب علمه الشـرعي أديباً شـاعراً ، وكان يوسـم بالصـلاح ، تولى القضاء بفاس وكان محمود السيرة في أحكامه، وقد أخذ عنه العلم خلق كثيرٌ ومن أشهرهم أبو إسحاق الشاطبي – صاحب الموافقات – وابن خلدون [5] وتوفي بفاس ٧٥٨هـ وكتابه " القواعد" يعدُّ الكتاب الثاني

---

[1] انظر الفروق ١/ ١٠.

[2] الفروق ١/ ١١٠.

[3] نفس المرجع٣/ ٢٦٩ .

[4] انظر الوجيز للبرنو ص٩٧ .

[5] انظر " شجرة النور الزكية" مخلوف ص ٢٣٢ .

في قواعد المالكية بعد كتاب " الفروق " للقرافي، من حيث الأهمية ، وهو أوسع كتاب عُرف في القواعد عند الأقدمين ، حيث تضمن ألفاً ومائتا قاعدة (١٢٠٠) غير أن الكتاب صعب العبارة يحتاج إلى توضيح وتبسيط ، حتى يكون في متناول الجميع، ولعل سبب هذه الصعوبة في عبارات الكتاب نتجت من محاولة المؤلف في اختصار حجم الكتاب .

ومما تميز به كتاب المقري ذكر الخلاف داخل مذهب مالك، كما يذكر خلاف المذهب المالكي مع المذاهب الأخرى مع الناقشة وترجيح الراجح من غير تعصب لقول ما، مما يجعل الكتاب من كتب الفقه المقارن. وقد حقق الكتاب الشيخ أحمد بن عبد الله بن حميد في أطروحته لرسالة الدكتوراه بجامعة أم القرى بمكة المكرمة ١٤٠٣هـ كما حققه الدكتور محمد الدردابي في رسالته للدكتوراه .

(٤) " إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام ملك" للونشريسي .

المؤلف: هو العلامة المحقق ، أحمد بن يحي بن محمد التلمساني ، الونشريسي، ثم الفاسي ، المكنى بأبي العباس، أخذ العلم عن علماء تلمسان، وكان شديد الشكيمة في دين الله ، لا يخاف لومة لائم، يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، مهما كانت النتائج ، وكان ذا حجة وفصاحة ، مع العلم والورع، وكان في عهده يحكم تلمسان بني عبد الوادي، وكان الفساد يعم البلاد، وقام الونشريسي بمواجهة الفساد والمفسدين، مما جلب عليه نقمة الحكام، وأخرج من بلده بعد أن نهبوا داره، وكتبه، فلجأ إلى فاس وذلك عام ٨٧٤هـ [١] وللونشريسي مؤلفات عدة مفيدة، منها: " المعيار المعرب، والجامع المعرب، عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب" وهو مطبوع ومتداول في اثني عشر مجلداً. [٢] وكان المؤلف من أعلم أهل زمانه بمذهب الإمام مالك، وكان كتابه في القواعد مع صغر حجمه، عظيم النفع كثير الفوائد تضمن ١٢٥ قاعدة ومعظمها قواعد في مذهب الإمام مالك، بجانب قواعد عامة وتوفي بفاس سنة ٩١٤هـ- رحمه الله- ثم قام ابنه العلامة القاضي أبو مالك الونشريسي، المتوفى سنة ٩٥٥هـ [٣] بنظم كتاب والده . طبع كتاب الونشريسي بتحقيق الصادق بن عبد الرحمن الفريان، بليبيا — منثورات الدعوة الإسلامية- ١٤٠١هـ من وفات الرسول – ﷺ – الموافق ١٣٩١هـ.

---

[١] انظر" شجرة النور الزكية" مخلوف ١/ ٢٧٤-٢٧٥ والأعلام للزركلي ١/١٥٥ ومقدمة " إيصاح المسالك" ص١٣ و"درة الحجال في أسماء الرجال" : لأحمد بن محمد المكناسي، تحقيق محمد الأحمدي أبو النور ،ط: القاهرة الأولى ، دار النصر للطباعة ١٣٩٠هـ- ١٩٧٠م .

[٢] صدرت طبعة حديثة" للمعيار" ١٩٨١م عن دار الغرب الإسلامي مع زيادة مجلد للفهارس .

[٣] "شجرة النور" ١/ ٢٧٦ .

(٥) " قواعد الفقه الإسلامي، من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف- للقاضي عبد الوهاب المالكي، البغدادي،

المؤلف الدكتور محمد الروكي، أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله في جامعة محمد الخامس - الرباط- المغرب. وقد قدم المؤلف كتابه كرسالة لنيل درجة الماجستير عام ١٩٨٩م بجامعة — محمد الخامس .

وموضوع الكتاب دراسة للقواعد الفقهية التي نثرها القاضي عبد الوهاب من خلال مسائل كتابه" الإشراف على مسائل الخلاف " وقد استخرج الباحث من الكتاب المذكور إحدى وثمانين قاعدة فقهية ، بعضها من القواعد الهامة وبعضها من قبيل الضوابط الفقهية وأخرى تعد من قواعد أصول الفقه . والكتاب في جملته قليل المبنى، كثير المعنى، عظيم النفع . وقد تم نشره بطباعة : دار القلم دمشق ١٤١٩هـ. ١٩٩٨م.

ثالثاً : المذهب الشافعي

(١) " قواعد الأحكام في مصالح الأنام .

المؤلف هو: الإمام العلامة المجاهد عز الدين بن عبد السلام السلمي المغربي الأصل الدمشقي المولد المصري الدار والوفاة ، الملقب بسلطان العلماء، لقبه بذلك الإمام ابن دقيق العيد[١] وُلد سنة ٥٧٧هـ وقيل:٥٧٨هـ، درس الأصول على الآمدي وبرع فيها كما برع في الفقه والتفسير والعربية، وكان إمام عصره بلا منازع، ولم يكن له نظير في الورع والقيام بالحق وقوة الجنان وفصاحة اللسان، وشهرته تغني عن الإسهاب في سيرته [٢] وتوفي سنة ٦٦٠هـ[٣] من آثاره " التفسير الكبير" و" وقواعد الشريعة" [٤] ولم يكن هدفه من كتابه" قواعد الأحكام" جمع القواعد الفقهية، وإنما قصد بيان مقاصد الشريعة وإظهار محاسنها وتوضيح أن أحكام الشرع مبنية على المصالح طلباً ودرءاً للمفاسد ، وهو يؤكد هذا الهدف بقوله: " الغرض في وضع هذا الكتاب بيان مصالح الطاعات والمعاملات وسائر التصرفات لسعي العباد في تحقيقها، وبيان المخالفات لسعي العباد

---

[١] هو الإمام الفقيه المجتهد الحافظ ، شيخ الإسلام تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع المصري المنفلوطي الشافعي الماكي – كان على مذهب مالك – ثم صار يرجح كثيراً مما ذهب إليه الشافعي على خلاف مذهب مالك، فقيل : هو شافعي مالكي، ولكن – والله أعلم- إنه رجح مارجح من أقوال الشافعي بقناعته واجتهاده الشخصي، وليس تفضيلاً لمذهب على آخر- لاه تصانيف متعددة ، ولد بقرب ينبع بالحجاز سنة ٦٢٥هـ. وتوفي سنة ٧٠٢هـ. انظر تذكرة الحفاظ ١٤٨١/٢-٤٨٣ والبدر الطالع ٢/ ٢٢٨- ٢٣٢رقم ٤٨٧ .

[٢] "طبقات الشافية "لابن السبكي ٨/ ٢٠٩ رقم ١١٨٣ .

[٣] انظر" طبقات الشافعية " لجمال الدين الأسنوي ، تحقيق عبد الله الجبوري ط: الياض- المملكة العربية السعودية- ، دار العلوم للطباعة والنشر ٢/ ١٩٧-١٩٨ رقم٨١٣ .

[٤] الأعلام للزركلي ٤/ ١٤٥ .

في درئها[1] " وموضوع الكتاب كله يدور حول القاعدة الشرعية العظيمة" جلب المصالح ودرء المفاسد" وما عدا هذا إنما هو بيان وخدمة لهذا الأصل، والكتاب فيما قال جمع من العلماء لم يؤلف مثله في بابه [2] وهو مطبوع في مجلدين ، ط: بيروت ، دار الكتب العلمية .

(٢) " الأشباه والنظائر لابن الوكيل الشافعي" .

المؤلف هو : محمد بن عمر مكي، الملقب بصـــدر الدين ، المكنى بابن عبد الله بن المرحّل ، وكان يعرف بابن الوكيل المصري ، ولد بدمياط سنة ٦٦٥هـــ ونشأ بدمشق وأخذ العلم عن والده، وكبار علماء عصـره وكان من أعاجيب الزمان في الذكاء والحافظة [3] قال الإمام أبو الفداء ابن كثير : -كان ابن الوكيل- شيخ الشافعية في زمانه، وأشهرهم في وقته بالفضل وكثرة الاشتغال بالمطالعة والتحصيل" اهـ. [4]

وكان له مع شيخ الإسلام ابن تيمية مناظرات شهيرة [5] كما أنه كان أديباً وشاعراً مجيداً، وله ديوان في الشـعر.[6] وكتابه " الأشـباه " هو أول كتاب في القواعد تحت عنوان " الأشـباه والنظائر" وضـمنه قواعد هامة غير أن المنية عاجلته قبل أن يكمل كتابه ويحرره ، وقيل: إنه كتبه وهو في حالة ســـفر[7] وبعد وفاة ابن الوكيل قام ابن أخيه – زين الدين [8] فهذب الكتاب وأكمل نواقصــــه ، مبيناً ما زاده بقوله:" قلت" ، وطبع هذا الكتاب في مجلدين بتحقيق د: عادل الشيخ وأحمد العنقري ، مكتبة ابن الرشد – الرياض ١٤١٣هـ

(٣) " المجموع المذهب في قواعد المذهب " للعلائي الشافعي .

المؤلف : هو الإمام الحافظ ، الفقيه ، خليل بن كيكلدي، الملقّب بصـــلاح الدين، المكنى بأبي سعيد، العلائي، الشافعي، ولد بدمشق سنة ٦٩٤هـ . أخذ الحديث عن الإمام الحافظ جما ل الدين المزي،

---

[1] " قواعد الأحكام في مصالح الأنام" ١/ ٩ .

[2] انظر قواعد الندوي ص٢١١ وما بعدها .

[3] انظر فوات الوفيات – محمد شاكر كتبي – تحقيق إحسان عباس، دار صادر ١٩٧٤م، ٤/ ١٣-١٤ رقم ٤٩٠ .

[4] " البداية والنهاية " لابن كثير ، ط: بيروت الثانية ، مكتبة المعارف ١٩٧٧م ١٤/ ٨٠ .

[5] فوات الوفيات ٤/ ١٣.

[6] نفس المرجع ٤/ ١٤.

[7] نفس المرجع ٤/ ١٥ .

[8] هو محمد بن علم الدين عبد الله بن الإمام زين الدين عمر مكي المعروف بابن المرحل ، أخذ الفقه عن عمه صـدر الدين ، وأكمل كتابه " الأشباه " . انظر "شذرات الذهب" لابن العماد ٦/ ١١٨.

[1] والفقه عن العلامتين برهان الدين الفزاري ، والكمال الزملكاني، وبرع في فنون كثيرة .[2] وقد أثنى كبار أهل العم على مؤلفنا – العلائي بما يدل على علو مرتبته، قال الأسـنوي- رحمه الله- : "كان حافظ زمانه،إماماً في الفقه والأصول وغيرهما، ذكيّاً نظّاراً ، فصيحاً، كريماً ذا رئاسة وحشمة[3] قال الإمام ابن كثير:" كانت له يدٌ طولى في الحديث ومشـاركة قوية في الفقه واللغة العربية "[4] وقال عنه الحافظ بن حجر- رحمه الله- : " قرأت بخط شيخنا العراقي : توفي حافظ المشرق والمغرب صلاح الدين في ثالث محرم سنة ٧٦١هـ"[5] وللمؤلف مصـنفات كثيرة ، [6] وكتابه هذا من أنفس ماكتب في القرن الثامن الهجري ، ومن أبرز مميزات كتابه:

أ. أنه جمع بين قواعد الفقه وقواعد الأصـول في براعة فائقة وخرّج على كل منهما المسـائل والفروع الفقهية.

ب. آثر الاختصار في أغلب مواضيع الكتاب دون إخلال بمقاصده .

ج. استطاع أن يلخص أهم ما كتبه الفقهاء الذين سبقوه في هذا الفن. وقد أشار المؤلف إلى هذه الميزة لكتابه – عند ذكره الهدف الأسـاسـي من تأليفه- بقوله: " والذي بعثني على جمع هذا الكتاب ما وقفت عليه من تعليق في هذا المعنى للعلامة الأوحد صـدر الدين أبي عبد الله بن المرحّل ، أحد الأئمة الذين رأيتهم، وسماه بالأشباه والنظائر، وتمم عليه ابن أخيه صاحبنا العلامة زين الدين- رحمه الله- عدة مسـائل، فضـممت إلى ذلك ما يشـبهه من كتاب التلخبص للإمام أبي أحمد بن القاص الطبري[7] وما وقفت عليه من بعض شـروحه ، وكتاب " الرونق" المنسـوب إلى الشـيخ أبي حامد

---

[1] الحافظ المزي : يوسف بن زكي الدين عبد الرحمن بن يوسف بن علي الحلبي الأصل، المزي ، الدمشقي، الشافعي ، جمال الدين أبو الحجاج الحافظ ، ولد بحلب سنة٦٥٤هـ ونشأ بمزة ، حفظ القرآن وبرع في الحديث وعلله ورجاله ، له " الأطراف" ، ما عرف في الحديث مثله في عصره، توفي سنة ٧٤٢هـ انظر تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٩٨-١٥٠٠ .

[2] انظر " شذرات الذهب" لابن العماد ٦/ ١٩٠ .

[3] " طبقات الشافعية" للأسنوي ٢/ ٢٣٩، رقم ٨٥٨ .

[4] " البداية والنهاية" لابن كثير ١٤/ ٢٦٧ .

[5] "الدر رالكامنة" للحافظ ابن حجر ٢/ ١٨٢ .

[6] " طبقات الشافعية " للأسنوي ٢/ ٢٣٩" وشذرا الذهب" ٦/ ١٩٠ .

[7] هو العلامة : أبو العباس ابن أبي أحمد ، المعروف بابن القاص الطبري ، كان من أئمة الشافعية ، له عدة مصنفات، منها: " أدب القاضي " و" المواقيت" و" التلخيص"٠٠٠إلخ نشر الفقه بطبرستان ، توفي سنة ٣٣٥هانظر " شذرات الذهب" ٢/ ٣٣٩ .

الإسفرائيني [1] وكتاب اللباب للإمام أبي الحسن المحاملي [2] ، وكتاب القواعد الذي اخترعه شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام، وكتاب " الفروق بين القواعد" للعلامة شهاب الدين القرافي، إلى ما علّقته عن شيخينا العلامتين الرباني أبي إسحاق الفزاري [3] وشيخ الإسلام أبي المعالي الأنصاري- تغمدهما الله برحمته- واستفد ته منهما، وما تضمنه كتب المذهب – المذهب الشافعي- من الفوائد المفرقة . اهـ [4]

د. التزم المؤلف بعزو ما نقله عن الآخرين إلى مصادره في دقة وأمانة.

ه. أسهب في شرح القواعد الخمس الأساسية وحاول رد جميع المسائل إليها.

و. دعّم ما أورده من قواعد ولاسيما القواعد الكبرى بأدلة من القرآن والسنة

واختصر الكتاب العلامة الصرخدي [5] وجمع بينه وبين قواعد الأسنوي مع التهذيب والتنقيح ، وكذا جمع الكتابين المذكورين بعد الاختصار ابن خطيب الدّهشة [6] وهذا الأخير طُبع بتحقيق مصطفى محمود البنحويني في أطروحته للدكتوراة بالأزهر – مطبعة الجمهور، بالموصل ١٩٨٤م . أما أصل الكتاب منه نسخة مخطوطة بمركز الملك فهد بالمملكة العربية السعودية – الرياض- ٢٥٦- أصول فقه – .

(٤) " الأشباه والنظائر" لتاج الدين ابن السبكي .

---

[1] هو الإمام أبو حامد ، أحمد بن أبي الطاهر الإسفرائيني ، ولد سنة ٣٤٤هـ ، قال عنه الشيرازي – في طبقات الفقهاء- :" انتهت إليه رئاسة الدنيا والدين ببغداد، واتفق الموافق والمخالف على تفضيله وتقديمه في جودة الفقه وحسن النظر ونظافة العلم، توفي سنة ٤٠٦هـ ٠ طبقات الفقهاء ص١٢٣-١٢٤ .

[2] هو العلامة أحمد بن محمد بن أحمد المَحَاملي ، تفقه على الشيخ أبي حامد الإسفرائيني ، وله مصنفات كثيرة في الخلاف والمذهب ، درّس ببغداد ، توفي سنة ٤١٥هـ انظر " طبقات الفقهاء" ص١٣٩.

[3] هو العلامة برهان الدين إبراهيم بن تاج الدين عبد الرحمن بن إبراهيم الفزاري ، المصري الأصل ولد سنة ٦٦٠هـ رفض القضاء ، كان بارعاً في الفقه وفاق على أقرانه كان شيخ الشافعية في عصره ، توفي سنة ٧٢٩هـ انظر " شذرات الذهب" ٨٨/٦ .

[4] انظر قواعد الندوي ص ٢٢٢ .

[5] هو الإمام العلامة محمد بن سليمان الصرخدي الشافعي ، كان من أجمع الناس للفنون العلم في عصره ٠ انظر " شذرات الذهب" ٣٢٥/٦ .

[6] هو محمود بن أحمد الهذاني الفيومي الأصل الشافعي المعروف بابن خطيب الدهشة ولد حوالي سنة ٧٥٠هـبحماة وكان من البارزين في الفقه والأصول والعربية ، له مؤلفات كثيرة في الفقه والنحو والأدب.انظر " شذرات الذهب" ٧/ ٢١٠-٢١١والأعلام للزركلي ٨/ ٣٧-٣٨ الطبعة الثانية.

المؤلف : هو العلامة عبد الوهاب بن على بن عبد الكافي بن تمام السبكي أبو النصر ، الملقب بتاج الدين ، ولد سنة ٧٢٧هـ سمع الحديث بمصر ، ثم رحل إلى دمشق مع والده العلامة تقي الدين السبكي وأخذ الحديث هنا عن الإمام المزي ، ثم لازم الإمام الذهبي[1] قال عنه الحافظ ابن حجر[2]: " أمعن في طلب الحديث ، وكثرة الأسفار مع ملازمة الاشتغال بالفقه والأصول والعربية ، حتى مهر وهو شاب... وكان ذا بلاغة وطلاقة لسان وانتشرت تصانيفه في حياته " [3] . انتهت إليه رئاسة القضاء والمناصب بالشام ، وتعرض بسبب القضاء لمحن فصبر. له عدة تصانيف نافعة من أجودها هذا الكتاب الذي نحن بصدده ، وله " طبقات الشافعية الكبرى " وغيرهما ، وكتابه الأشباه من أفضل ما كتب في هذا الباب ، ترتيباً وتنسيقاً واختياراً ودقة، بدأه بالقواعد الكلية الخمس، فسماها " القواعد العامة" ثم أعقبها بقواعد ذات شأنٍ وإن كانت أقل أهمية مما قبلها ، ثم الضوابط الفقهية والتي سماها " قواعد خاصة "كل ذلك مع التأصيل والترجيح ،وبلغ ما في الكتاب من القواعد ستون قاعدة، وكان كتابه هذا عمدة كثيرٍ ممن كتب بعده في القواعد ولاسيما كتابي الإمامين – السيوطي وابن نجيم- توفي الإمام ابن السبكي شهيداً بالطاعون سنة ٧٧١هـ عن أربع وأربعين سنة . طبع الكتاب في جزئين بتحقيق عادل عبد الموجود وعلى محمد معوض، ط: بيروت ، دار الكتب العلمية ١٤١١هـ .

(٥) " المنثور في ترتيب القواعد الفقهية ، أو القواعد في الفروع" للزركشي .

المؤلف:هو العلامة محمد بن بهادر بن عبد الله، بدر الدين، المصري المولد والوفاة، الزركشي، الشافعي، تركي الأصل، نسب إلى زركش، لأنه تعلم صنعة الزركش – الزخرفة- في صغره ولُقب-أيضاً بالمنهاجي- لحفظه في طلبه العلم "منهاج الطالبين" للإمام النووي، ولد سنة ٧٤٥هـ حُبّب إليه العلم منذ صغره وحفظ المتون وأخذ عن الشيخين الجليلين جمال الدين الأسنوي وسراج الدين البلقيني، رحل إلى دمشق فأخذ الحديث عن الحافظ ابن كثير. وكان الزركشي فقيهاً أصولياً، مفسراً مع مشاركته الفاعلة في سائر العلوم المتداولة في زمانه، له مؤلفات قيمة منها "البرهان في علوم القرآن" و" شرح علوم الحديث لابن الصلاح"

---

[1] انظر ابن العماد" شذرات الذهب" ٢٢١/٦ و" الدرر الكامنة ٣/ ٣٩-٤١ رقم٢٥٤٧ وما كتبه محققا الكتاب في مقدمة التحقيق .

[2] ابن حجر : هو شيخ الإسلام وحافظ زمانه قاضي القضاة أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد، الكناني، العسقلاني الأصل ، المصري المولد والنشأة ، الشهير بابن حجر ، ولد سنة ٧٧٣هـ ، بدأ دراسته بالأدب حتى بلغ الغاية فيه ، ثم طلب الحديث من سنة ٧٩٤هـ فبرع في الحديث واشتهر ، لازم الحافظ العراقي دهراً ، له التصانيف الجليلة التي طارت شهرتها الآفاق، ومن أجلها " فتح الباري في شرح صحيح البخاري" ، توفي سنة ٨٥٢هـ – رحمه الله- .

[3] انظر " الضوء اللامع" للسخاوي ٢/ ٣٦-٤٠ و"طبقات الحفاظ" للسيوطي رقم ١١٩٠ و"حسن المحاضرة" للسيوطي –أيضاً- ١/ ٣٦٦ و" شذرات الذهب " لابن العماد ٦/ ٢٢٢ .

وغيرهما، [1] وكتابه في القواعد له قيمة عالية بين كتب القواعد لما اتصف به من الدقة والوضوح، جمع فيه فروع المذهب الشافعي المحررة والقواعد والضوابط المقررة، وكتابه يعتبر من أجمع ما كتب في القواعد، يقول الزركشي في مقدمة الكتاب:" وهذه القواعد تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقده المنثور في سلك، وتستخرج له ما لم يدخل تحت ملك، أصلاها لتكون ذخيرة عند الاتفاق ، وفرّعت عليها من الفروع ما يليق بتأصيلها على الخلاف والوفاق ، وغالبها بحمد لله فيها لا عهد للأنام بمثلها... ورتبتها على حروف المعجم..." [2] وعلى الكتاب تعليق بعنوان "شرح قواعد الزركشي" أو" حاشية على قواعد الزركشي" لسراج الدين العبادي[3]. طبع كتاب الزركشي بتحقيق الأستاذ تيسير فائق أحمد محمود في أطروحته للدكتوراة بجامعة الأزهر سنة١٩٧٧م وتمت طباعته في ثلاثة أجزاء تحت إشراف "موسوعة الفقه الإسلامي" بالكويت مؤسسة الخليج للطباعة والنشر ١٩٨٢م.

(٦) " الأشباه والنظائر" للسيوطي .

المؤلف: هو الحافظ العلامة عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الأسيوطي ، الشافعي، الملقب بجلال الدين السيوطي، صاحب المؤلفات الكثيرة والمفيدة . ولد سنة ٨٤٩هـــ ، مات والده وهو ابن خمس سنين ووصــى به إلى جماعة من الصــالحين ، منهم الكمال بن الهمام، حفظ القرآن وحفظ المتون في عديد من العوم، وأخذ العلم عن العلامة جلال الدين المحلي وبرهان الدين البقاعي ، ولزم الشــمس المرزباني الحنفي[4] وكان موهوباً في الجمع والتأليف للكتب النافعة . توفي – رحمه الله- بعد حياة حافلة بالعلم والاجتهاد والتأليف والدعوة- سنة ٩١١هـــ، و قد بلغت مؤلفاته بين كبيرٍ وصغيرٍ ستمائة مؤلّف[5] وكتابه " الأشباه والنظائر" من أفضل ما كتب في قواعد الفقه ، وأغزرها فائدة . وهو مع صـغر حجمه حوى من العلم مالا يوجد في المصنفات الكبيرة. فقد جمع فوائد ما كتبه من سبقه، واستفاد جداً على وجه الخصوص مما كتبه، العلائي والزركشي وابن السبكي . وقد رتب الإمام السيوطي كتابه هذا على ترتيب بديع تحت سبعة كتب، على الترتيب التالي:

---

[1] " الدرر الكامنة" لابن حجر: ٤/١٧-١٨ رقم٣٥٣٨ و"شذرات الذهب" ٦/ ٣٣٥، و"الأعلام للزركلي: ٦/٢٨٦.

[2] مقدمة " المنثور" ص٤ .

[3] هو: العلامة سراج الدين عمر بن عبد الله ، الشافعي ، المصري، قال الغزي: في – "الكواكب السيارة" " كان سراج الدين على قدم عظيم في العبادة والزهد، والورع ، والعلم ، تو٩٤١هـ ٠ انظر "الشذرات" ٨/ ٢٦٩ .

[4] انظر ابن العماد " شذرات الذهب" ٨/٥١-٥٥ .

[5] " الأعلام" للزركلي ٤/ ٧١ .

الكتاب الأول: في شرح القواعد الخمس التي ذكرها الأصحاب – الأئمة الشافية. ويقصد القواعد الخمس الكبرى المعروفة في جميع المذاهب ، وهي:

١. الأمور بمقاصدها.
٢. اليقين لا يزول بالشك.
٣. الضرر يزال.
٤. المشقة تجلب التيسير.
٥. العادة محكّمة.

الكتاب الثاني: في قواعد كلية يتخرج عليها مالا ينحصر من الصور الجزئية، وهي أربعون قاعدة. منها الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، التابع تابع ، إعمال الكلام أولى من إهماله ، الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه ، ما حرم استعماله حرم اتخاذه ، المشغول لا يشغل ، الميسور لا يسقط بالمعسور ، يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد ، من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه ... الخ .

الكتاب الثالث: في القواعد المختلف فيها . نحو : العبرة بضيغ العقود أم بمعانيها ؟ الإبراء هل هو إسقاط أو تمليك ؟

الكتاب الرابع: في أحكام يكثر دورانها ويقبح بالفقيه جهلها.

الكتاب الخامس: في نظائر الأبواب التي هي من باب واحد مرتبة على أبواب الفقه.

الكتاب السادس: فيما افترقت فيه الأبواب المتشابهة.

الكتاب السابع: في نظائر. [١]

وقد جعل الله لهذا الكتاب قبولاً منقطع النظير، من جميع المذاهب، مما يدل – إن شاء الله– على حسن نية مؤلفه. وقد طبع الكتاب بتحقيق وتعليق ، محمد المعتصم بالله البغدادي ، درا الكتاب العربي، ١٩٩٦م . وقد نظم قواعده، أبوبكر ابن أبي القاسم الأهدل ، المتوفى سنة ١٠٥٣هـ، وشرح هذه المنظومة الشيخ عبد الله بن سليمان ، الجرهزي ، اليمني، المتوفى سنة١٢٠١هـ [٢]

---

[١] " أشباه السيوطي" ص١٦-١٧ .

[٢] انظر" الوجيز" للبرنو ص١٠٢.

رابعاً: المذهب الحنبلي

(١) " القواعد النورانية الفقهية " لابن تيمية .

المؤلف هو: الإمام العلم تقي الدين أبو العباس شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحرّاني الدمشقي الفقيه الأصولي والمحدث الحافظ والمفسر ولد سنة ٦٦١هـ بحرّان وقدم به والده مع إخوته إلى دمشق عند استيلاء التتر على البلاد ، قرأ العربية على عبد القوي الطوفي وقر أعلى أئمة عصره كل العلوم المتاحة وفاق أقرانه في كل فنٍ، وله مصنفات ورسائل وفتاوى عمّت شهرتها الآفاق. وعُرف ابن تيمية بحدة الذاكرة وقوة الحجة والتبحر في العلوم الشرعية والعقلية، أثنى عليه الأئمة، كابن قيم الجوزية وابن كثير والإمام الذهبي وغيرهم. توفي سنة ٧٢٨هـ [١] أما كتابه " القواعد النورانية " فالظاهر أنه ماأراده كتاب قواعد على النمط المعروف لكتب القواعد ، إنما هو أشبه بكتب الفروع الفقهية ، فهو مرتب على الأبواب الفقهية غير أنه دعّم أكثر المسائل بقواعدها وضوابطها مما جعله في عداد كتب القواعد الفقهية .طبع الكتاب في مجلد واحد متسوط الحجم بتحقيق الشيخ محمد حامد الفقه بالقاهرة ، مطبعة السنة المحمدية ١٩٧٠م- ١٣٩٩هـ

(٢) " القواعد في الفقه الإسلامي" أو " تقرير القواعد وتحرير الفوائد"[٢] :لابن رجب الحنبلي .

المؤلف هو: العلامة الحافظ عبد الرحمن ابن شهاب بن أحمد بن أبي أحمد رجب، الملقب بزين الدين وجمال الدين، المكنى بأبي الفرج ، البغدادي ، الدمشقي ، المشهور بابن رجب الحنبلي وكان من الوعاظ الناصحين ، والدعاة المخلصين ، قال ابن العماد: "كانت مجالس تذكيره للقلوب صادعة ، اجتمعت الفرق عليه ، ومالت القلوب بالمحبة إليه "[٣] وله مؤلفات قيمة ، منها " شرح الأربعين النووية " و" جامع العلوم والحكم" و" والقواعد" وهوالذي نحن بصدده، يعد من أجود ما كتب في المذهب الحنبلي. قال الحاجي خليفة: " وهو كتاب نافع، من عجائب الدهر" [٤] ضمن المؤلف كتابه مائة وستين قاعدة ، ثم أردفها بفصل من الفوائد في مسائل هامة، ويتميز الكتاب بجزالة أسلوبه ، وحسن تعبيره، وليس كل ما فيه قواعد فقهية، بل فيه بعض القواعد الهامة وبجانبها ضوابط فقهية وبعض المسائل الفقهية والكتاب منشور[٥]

---

[١] " الذيل على طبقات الحنابلة "، لابن رجب الحنبلي ،ط: مصر مطبعة السنة المحمدية ١٩٧٢م ٢/٣٨٧-٤٠٥و"شذرات الذهب "لابن العماد ٦/ ١٨٦٠ .

[٢] انظر " مقدمة الكتاب" و" قواعد الندوي" ص٢٥٦ .

[٣] " شذرات الذهب" ٦/ ٣٣٩-٣٤٠ .

[٤] " كشف الظنون" لحاجي خليفة ٢/ ١٣٥٩.

[٥] ط: بيروت –لبنان ١٩٩٨م دار ابن القيم –دمشق .

(٣) " رسالة القواعد" .

للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي ، الحنبلي، المولود بمدينة عنيزة بالقصيم بالمملكة العربية السعودية عام ١٣٠٧هـ وتوفي بها عام ١٣٧٦هـ . أحد الأعلام عُرف بسعة العلم والقيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر،لا يخاف في الله لومة لائم . له مجموعة من المصنفات في التفسير والفقه والعقيدة وأصول الفقه وغيرها. أما رسالته في قواعد الفقه، فقد شرح بها نظم وضعه في القواعد. وهي رسالة صغيرة، ذكر فيها ستين قاعدة بين أصولية وفقهية، وتمتاز هذه الرسالة بسهولة عباراتها وكثرة الفوائد التي نبه عليها، وهي مطبوعة.[١]

(٤) " القواعد الفقهية الكبرى ، وما يتفرع عنها":

المؤلف : الدكتور صالح بن غانم السدلان، أستاذ الدراسات العليا بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – بالسعودية . فقد شرح المؤلف في كتابه هذه، القواعد الخمس الكبرى وهي: الأمور بمقاصدها، المشقة تجلب التيسير، اليقين لا يزول بالشك، لا ضرر ولا ضرار- الضرر يزال- ، العادة محكّمة . لأهمية هذه القواعد ، وسعة مجالاتها واتفاق الأئمة عليها عموماً وكثرة ما يندرج تحتها من قواعد فرعية وتطبيقاتها من المسائل العملية في جميع أبواب الشريعة، أولاها المؤلف بالعناية والشرح وإبراز أدلتها من الكتاب والسنة، كل ذلك في أسلوب سهل ممتنع، وترتيبٍ متّسقٍ، وهو أوسع شرح لهذه القواعد الكبرى الخمس وتوابعها فيما رأيته من شروح، وقد طبع الكتاب في طبعته الثانية، بمطبعة – دار البلنسية- الرياض- السعودية ، ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م .

مصادر حديثة

(١) " مقاصد المكلفين " .[٢]

تأليف الدكتور عمر بن سليمان الأشقر: رسالة لأطروحته للدكتوراة في كلية الشريعة – جامعة الأزهر ١٤٠١هـ .

---

[١] انظر مقدمة الرسالة المذكورة ومقدمة " تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان" للمؤلف.

[٢] انظر الطبعة الرابعة للكتاب ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م- مؤسسة الرسالة- بيروت لبنان .

(٢) " الوجيز في إيضاح القواعد الكلية".

المؤلف: هو الدكتور محمد صـــدقي بن أحمد بن محمد البرنو الغزي، مدرس القواعد الفقهية في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالسعودية شرح فيه القواعد الخمس الكبرى وما يندرج تحتها من قواعد فرعية، مع بيان الأمثلة والتطبيقات، وهو من الكتب السهلة العبارة والجيدة الترتيب والتنسيق، وهو يصلح أن يكون منهاج دراسة للقواعد في كليات الشريعة، وقد ذكر المؤلف أنه جمع هذا التأليف ليدرّس به القواعد في جامعة الإمام حين أُنتدب لذلك، وقد طُبع عدة طبعات في مجلد متوسط الحجم .

(٣) " القواعد الفقهية، مفهومها نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها،أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها " .

المؤلف: الدكتور على بن أحمد الندوي، الهندي الأصل، تتلمذ على العلامة أبي الحسن الحسن الندوي- رحمه الله- وقد قدم كتابه كأطروحة لنيل درجة الماجستير في جامعة أم القرى بمكة المكرمة عام ١٤٠٥هـ ، والكتاب دراسة منهجية توثيقية لقواعد الفقه الإسلامي، وتعتبر هذه الدراسة إضافة حقيقية في بناء صرح هذا العلم . لم يؤلف مثله في بابه — فيما أعلم، من حيث دقة بحوثه وتتبعه لأطوار نشأة قواعد الفقه، ومصادرها، بالإضافة إلى إيراد عدد كبير من القواعد الهامة مع شرحها وبيان أمثلتها التطبيقية. وكل من كتب في القواعد من بعد هذا الكتاب، كان يعتبره من مراجعه الأساسية، وقد كتب الدكتور مصطفى الزرقاء- رحمه الله- مقدمة بين يدي الكتاب نوه فيها بقيمة وأهمية هذا الكتاب، مما رفع قدر الكتاب في نفوس الباحثين. وقد طبع الكتاب عدة طبعات .

(٤) " موسوعة القواعد الفقهية" .

للشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد البرنو، أستاذ القواعد الفقهية في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالسعودية. فقد كتب المؤلف " الوجيز" الذي تقدم ذكره كمادة للتدريس في الكلية، ثم تراءى له جمع أكبر قدر ممكن من القواعد في كتاب جامع لتكون في متناول أيدي الباحثين، فبدأ في هذه الموسوعة بترتيب القواعد على حروف المعجم ، فوصل حتى كتابة هذه الأسطر إلى حرف (الغين) فتم عدد مجلدات الكتاب إلى الآن ستة مجلدات .

الباب الأول
في قواعد الفقه الخمس الكبرى

عادة أغلب المؤلفين في القواعد الفقهية، تصـــنيفها إلى قواعد كبرى ذات أهمية عظيمة في الفقه من حيث سعتها وكثرة فروعها وأخرى دونها من حيث الأهمية لضيق مجالاتها بالنسبة لما قبلها.

وسأفرد هذا الباب لدراسة القواعد الكبرى الخمس وهي :

١. " الأمور بمقاصدها " .
٢. " المشقة تجلب التيسير" .
٣. " اليقين لا يزولا بالشك" .
٤. " لا ضرر ولا ضرار" .
٥. " العادة محكّمة " .

الباب يتضمن مقدمة وخمسة فصول .

فالمقدمة: في بيان مكانة هذه القواعد وأهميتها وأثرها في ضبط مسائل الفقه.

أما الفصول الخمسة ، فعلى النحو التالي :

الفصل الأول:

" الأمور بمقاصدها ": وفيه مبحثان:

١. شرح معنى القاعدة وبيان أدلتها وأهميتها الفقهية .
٢. القواعد المندرجة تحتها وتطبيقاتها في الفقه ولاسيما في المعاملات

الفصل الثاني:

" المشقة تجلب التيسير" وفيه مبحثان:

١. شرح القاعدة وبيان أصولها الشرعية .
٢. القواعد التابعة لها ومسائلها وبعض أمثلتها.

الفصل الثالث:

" اليقين لا يزول بالشك" .مباحثه:

١. بيان معنى القاعدة وأدلتها وأهميتها الفقهية .

٢. في توضيح القواعد المندرجة تحتها وتطبيقاتها .

الفصل الرابع:

" لا ضر ر ولا ضرار". فيه مبحثان :

١. شرح القاعدة وبيان أدلتها .

٢. قواعدها الجزئية، ومسائلها في الفقه .

الفصل الخامس:

" العادة محكّمة".مباحثه:

١. شرح القاعدة وبيان أدلتها ومكانتها الفقهية .

٢. القواعد التابعة لها وتطبيقاتها .

مدخل:

سبق الكلام عن أهمية القواعد الفقهية ومميزاتها ومصادرها ونشأتها وتطورها وأهم المؤلفات فيها.

أما هذه القواعد الخمس الكبرى التي نحن بصـــددها في هذا الباب هي أهم أنواع القواعد الفقهية وأعظمها فوائد . بل هي بمثابة الأركان والأصـول لبقية القواعد الفقهية. فمن اسـتوعبها بقواعدها التابعة لها وتطبيقاتها العملية، فكأنما وقف فوق قمة عالية من الفقه تشـــرف على آفاق مترامية الأطراف من الفكر الفقهي.

وجلّ قواعد الفقه الأخرى يندرج تحت هذه القواعد الكلية الكبرى .

ولذا اعتنى العلماء بهذه القواعد على وجه الخصـــوص . فما من ألف في قواعد الفقه إلا و أفاض في بيان هذه القواعد وأهميتها الفقهية [١] ومن العلماء من أفرد هذه القواعد بالتأليف، باعتبار أنها أم القواعد، وما عداها من القواعد ما هي إلا من جزئياتها.[٢]

---

[١] أنظر "أشباه" ابن نجيم – الفن الأول من ص٢١ وما بعدها ، وكذا "أشباه" السيوطي – الكتاب الأول، و"أشباه ابن الوكيل . وغيرها من كتب القواعد .

[٢] مثل " الوجيز للبرنو و" والقواعد الكبرى وما تفرع عنها" للسدلان .

ومن مميزات هذه القواعد الكبرى أنها في عمومها محل اتفاق بين العلماء في المذاهب الفقهية المختلفة . ولأهمية هذه القواعد ومكانتها وسعتها وشمولها ، جعلت الباب الأول من هذا البحث، مبيناً قواعدها الجزئية وتطبيقاتها العملية .

وبما أن هذه القواعد تشمل جميع أبواب الفقه من شعائر العبادات ، والمعاملات وقضايا الأحوال الشخصية والجنايات والعقوبات والإثبات والمسائل الدستورية والعلاقات الدولية والأخلاق والآداب والعلاقات الاجتماعية...إلخ ، فلو حاولنا دراسة هذه القواعد واستقصائها وذكر أمثلتها التطبيقية في سائر فروع الشريعة لطال البحث مما يسبب الملل والسآمة لمن أراد الاستفادة منه ولذا سأختصر في ذكر التطبيقات على بعض الأمثلة مع التركيز على أمثلة المعالات فمن المعلوم أن أحكام الشعائر التعبدية ومسائل الجنيات تكثر فيها النصوص الشرعية التي تضبط هذه الأحكام ولا تأثير لاختلاف الزمان والمكان فيها، أما مسائل المعاملات فتقل فيها النصوص وأغلب مناطها العرف ولذا كان لاختلاف الزمان والمكان تأثير واضح، في تطبيقاتها وهذا معنى قول العلماء : لاينكر اختلاف الفتوى باختلاف الزمان. ومن أسباب أهمية العناية في بيان تطبيق هذه القواعد في المعاملات فساد تصور كثير من المسلمين بحصر أحكام الشريعة في شعائر التعبد وبعض الأحكام في العلاقات الإجتماعية والتي تسمى بالأحوال الشخصية وبعض العقوبات كحد السرقة والزنا والسكر، أما أحكام المعاملات فلا علاقة لها بالدين عند كثير من المسلمين،والذين يؤمنون بأنها من الدين يتحايلون عليها بشتى الحيل كحيل بني إسرائيل– إلا من رحم ربك ، وقليل ما هم – وخير شاهد على ما أقول ما تمارسه البنوك بل والدولة والأفراد بالتحلل من أحكام الشريعة في باب الربا والمعاملات الباطلة والتذرع بالفتاوى المتهافتة استجابة لأهوائهم وتحقيق مصالحهم الدنوية الموهومة، ولذا ستجد أكثر الأمثلة في المعاملات، لعل الله ينفع بها وهو ولي ذلك والقادر عليه.

الفصل الأول

" الأمور بمقاصدها " ١

المبحث الأول: في تعريف القاعدة لغة واصطلاحاً.

" الأمور" : جمع أمر، وهو الحادثة والشأن والحال، ولا يجمع جمع تكسير إلا على وزن" فعول" ، ومنه قوله تعالى : ﴿ أَلا إِلَى اللَّهِ تَصِيرُ الأُمُورُ ﴾ [2] قال الراغب الأصهاني[3]:" الأمر الشأن وجمعه ، أمور، وهو لفظ عام، للأفعال والأقوال كلها، ومن ذلك قوله تعالى:

﴿ قُلْ إِنَّ الأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ ﴾ [4] وقوله تعالى: ﴿ وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ ﴾ [5]- أي أفعاله وأقواله كلها"[6]، ومن معاني الأمر ، طلب الفعل وهو فعل الأمر ، وجمعه أوامر، وهو ليس بمقصود هنا ، بل المقصود هنا فعل الجوارح، ومنها اللسان وفعله القول والقلب وفعله الاعتقاد " اهـ .

و" المقاصد " جمع مقصد، وهو من القصد - الاستقامة- ومنه قوله تعالى:

﴿ وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ ﴾ [7] — أي الهداية إلى الطريق المستقيم. ومن معاني - القصد- الوسط بين طرفين، وفي الحديث: " القصد القصد تبلغوا " [8] — أي العدل والتوسط في الأمور. قال ابن جني[9] " اصل- ق ص د- ومواقعها من كلام العرب ، الاعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيئ "[10] وقال ابن فارس[11] :"

---

[1] انظر القاعدة في" الأشيباه والنظائر" لابن السبكي ٥٤،٩٤/١ و" الأشباه والنظائر" للسيوطي ص٨ و"الأشباه والنظائر" لابن نجيم ص٢٧ و" قواعد الخادمي" ص٤ و"قواعد الحصني" ١٦٨/١ و" مجلة الأحكام العدلية" ق١/م٢ و"موسوعة القواعد الفقهية" للبرنو ١/ ١٢٠ و"الوجير" للبرنو -أيضاً- ص١٤٧ و" القواعد الكبرى" للسدلان ص٤١ ولا يكاد كتا ب من كتب القواعد الفقية يخلو من هذه القاعدة، لم ينص قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة١٩٨٤ على هذه القاعدة غير أن كثيراً من مواد القانون، يمكن اعتبارها من آثار مراعاة القانون لهذه القاعدة .

[2] سورة الشورى الآية ٥٣ .

[3] الراغب الأصفهاني :حسين بن الفضل ، أبو القاسم ، صاحب " مفدات القرآن"، توفي سنة ٥٠٢هـ٠ انظر بغية الوعاء٢٩٧/٢ و..... ص٩١ .

[4] سروة آل عمرا الآية ١٥٤.

[5] سورة هود الآية ٩٧ .

[6] " مفردات الراغبي" ص٢٤-٢٥ .

[7] سورة النحل الآية ٩.

[8] صحيح البخاري – كتاب الرقائق- باب رقم"٧" ومسند الإمام أحمد ٥٣٧/٢ .

[9] ابن جني : هو عثمان بن جني أبو الفتح، من أحذق الأدباء وأعلمهم بالنحو والتصريف في عصره، من تصانيفه" الخصائص في النحو" و" سر الصناعة " وغيرهما٠ توفي سنة٣٩٢هـ٠ انظر بغية الوعاء ١٣٢/٢ .

[10] " لسان العرب" مادة" ق ص د" .

[11] ابن فارس: هو أحمد بن زكريا أبو الحسين البغوي ، القزويني ، له كتاب " الجُمل في اللغة" و" معجم مقاييس اللغة" وغيرهما٠ توفي سنة ٣٩٥هـ ٠ انظر بغية الوعاء ٣٥٢/١ .

القاف والصاد والدال، أصول ثلاثة ،يدل أحدها على إثبات الشيئ وأَمّه ، فالأصل قصدته ومقصداً [1] ومن معاني القصد النية، وهي العزم على الشيئ والتوجه إليه. وخلاصة معنى القاعدة في اللغة : أن أحكام الأفعال والأقوال تتبع المراد منها في نتائجها [2] .

أما معنى هذه القاعدة في الاصطلاح: أن الحكم الذي يترتب على أمرٍ يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر. وشرحها الشيخ أحمد الزرقاء بقوله: " إن أعمال المكلف وتصرفاته من قولي أو فعلي تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص وغايته وهدفه من وراء تلك الأعمال والتصرفات"[3] وقال ابن القيم: "ولما كانت الأفعال متنوعة إلى فعل وقول، وحركة وسكون، وجلب ودفع، وفكر وذكر، وعادة وعبادة، كان اعتبار المقصد بترتيب الأحكام عليه، فمن عمل عملاً ولم ينوه ولم يقصده لعارض كنسيان ونحوه، بأن هذا العمل لا يترتب عليه من الآثار والأحكام ما يترتب على من قصد العمل وأراده " اهـ[4] .

وخلاصة القول: أن هذه القاعدة تعني أن الأحكام الشرعية التي تترتب على أفعال المكلفين منوطة بمقاصدهم من تلك الأفعال . [5]

فلفظة " الأمور بمقا صـدها" على وجازتها وقلة حروفها، تعتبر من جوامع الكلم، وهي ذات معانى شـامل لكل ما يصـدر من الإنسـان من قول أو فعل –كما تقدم– لأن لفظ "الأمور " لفظ عام بدليل دخول " ال" الجنسية عليه، وكذا لفظ " المقاصد" لإضافته إلى ضمير لفظ عام – بمقاصدها– فتصرفات المكلفين تختلف أحكامها ونتائجها باختلاف أنواعها وأسـبابها. فمن دفع مالاً لآخر فلا يمكن أن نحكم على فعله هذا بحكم أو نرتب عليه نتيجة إلا إذا علمنا بواعثه من هذا التصـرف ، فربما دفعه ثمناً لمبيعٍ أو أجرة لمنفعة، أو قرضاً، أو هبة، أو صدقة، أو مساهمة في شركة، أو وديعة...إلخ ، فالفعل واحد ، وهو دفع مالٍ، ولكن حكمه يختلف باختلاف مقصود هذا الدافع . فمن هنا كانت أهمية هذه القاعدة في التكييف القضائي لتصرفات المكلفين. قال الشيخ أحمد الزرقاء :– نقلاً عن كتاب " جامع الفصولين " " ولامانع من أن يكون للعقد الواحد أكثر من حكم واحد باعتبار المقصود منه ، كالمضاربة، بأن المال عند المضارب أمانة، فإذا تصرف فهو وكيل، فإذا ربح فهو شريك، فإذا فسدت فهو أجير إجارة فاسدة ، فإذا خالف

---

[1] " معجم مقاييس اللغة" ٥/ ٩٥ .

[2] " انظر موسوعة القواعد الفقهية" ١/ ١٢٤ .

[3] " شرح القواعد" للشيخ أحمد الزرقاء ص٤٧ ،وانظر" المدخل الفقهي" د: مصطفى الزرقاء [٩٦٥/٢فقرة ٧٥٢]

[4] " إعلام الموقعين " لبن القيم ٣/ ١٢٣ ط٢ – دار السعادة ١٣٧٤هـ.

[5] انظر شرح المجلة – رستم باز ص١٨ والسدلان " القواعد الكبرى" ص٤٣– ٤٤ وشرح المجلة– للشيخ خالد اتاسي ١٣/١ .

فهو غاصب" [1] أصل هذه القاعدة : قوله - ﷺ -: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ مانوى ... الحديث)[2] قال الإمام البخاري – رحمه الله-: - في الحديث- " ليس في أخبار النبي ﷺ أجمع وأغنى وأكثر فائدة من هذا الحديث "[3]

وقال الأئمة – الشافعي وأحمد وابن مهدي وابن معين وأبو داود والترمذي والدارقطني وحمزة الكناني، رحمهم الله- "إن هذا الحديث ثلث الإسلام" [4] وقال البيهقي- معلقاً على كلام هؤلاء الأئمة" إن كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه، فالنية أحد أركانه الثلاثة وأربحها، لأنها قد تكون عبادة مستقلة، وغير محتاج إليهما.

وقول الإمام أحمد إن هذا الحديث:ثلث الإسلام" لأنه يمثل أحد أحاديث ثلاثة، يرجع إليها جميع أحكام الإسلام، أحدها هذا الحديث، والثاني " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" [5] والثالث" الحلال بين والحرام بين...إلخ"٦ وقال ابن مهدي : " ينبغي كتابة هذا الحديث رأس كل باب من العلم" ٨ وقد ذكر كثير من الأئمة أن هذا الحديث يدخل في جميع أبواب الشريعة. والذي يهمنا في هذا البحث، باب المعاملات، كمسائل المعاوضات من بيع وشر اء و إجارة وصلحٍ وهبةٍ وإبراءٍ ووكالةٍ وإحراز المباحات، كاللقطة واستهلاك المباحات ، وأحكام الضمان... إلخ .

قوله ﷺ:" إنما الأعمال بالنيات"- لاعمل معتبرٌ شرعاً إلا بنية- فالمنفي ليس ذات العمل، لأنه قد يوجد عمل بلا نية، كعمل السكران والغافل والمكره، وإنما المنفي صحة العمل وترتب آثاره عليه .

ونصوص الكتاب والسنة الدالة على اعتبار الأعمال بمقاصدها ، كثيرة جداً ، منها قوله تعالى: ﴿ لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴾ [6] ومنها الحديث

---

[1] " شرح القواعد" ص٦٥ وانظر " جامع الفصولين" ص٦١ .

[2] رواه البخاري في صحيحه في سبعة مواضع بأرقام ١، ٥٤ ، ٢٥٢٩ ، ٣٨٩٨ ، ٥٠٧٠ ، ٦٦٨٩، ٦٩٨٩ وكذا رواه مسلم وغيره .قال الحافظ ابن حجر:" الحديث رواه الأئمة إلا الموطإ" – فتح الباري قي شرح صحيح البخاري- ١/ ١٧ط: دار الريان للتراث .

[3] نفس المرجع .

[4] نفس المرجع.

[5] رواه مسلم. أصل الحديث متفق عليه من حديث عائشة- رضي الله عنها . انظر الحديث في رياض الصالحين للإمام النووي برقم١٦٩- بشرحه" منهل الفالحين" صبحي الصالح. ط:٧عام ١٩٧٨م .

[6] سورة البقرة الآية ٢٢٥ .

المتقدم" إنما الأعمال بالنيات" وقوله- ﷺ-:" رب قتيل بين الصفين الله أعلم بنيته"[1] وقوله:" إن الله لا ينظر إلى صوركم وأموالكم ، ولكن ينظر إلى قلوبكم وأعمالكم" [2]

[1] " مسند الإمام أحمد ٣٩٧/١ .

[2] رواه مسلم برقم ٢٥٦٤ .

المبحث الثاني:

القواعد المندرجة تحت هذه القاعدة وتطبيقاتها .

تقدم الكلام عن مكانة هذه القاعدة وسعتها وكثرة القواعد المندرجة تحتها وتطبيقاتها التي لا تكاد تحصر، وسأذكر هنا بعض قواعدها الفرعية التي لها صلة بالمعاملات وتطبيقاتها .

١. " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .[١]

٢. " الألفاظ إذا كانت نصوصاً في شيئ غير متردد لم تحتج إلى نيته تعين المدلول، لانصرافها بصراحتها لمدلولها "[٢]

٣. "المقاصد من منافع الأعيان المعقود عليها إذا كانت متعينة استغنى عن التعين"[٣]

٤. " النقود إذا كانت نوعها غالباً لم يحتج إلى بيانها في العقد " [٤]

٥. " الخطأ فيما لا يشترط التعين له ، لايؤثر"[٥]

٦. " من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"[٦]

من خلال هذه الأمثلة من القواعد التابعة لقاعدة" الأمور بمقاصدها" سأحاول توضيح القواعد الجزئية المندرجة تحت هذه الأمثلة من القواعد وتطبيقاتها العملية في الأسطر التالية.

١. " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لابالألفاظ والمباني" .

اختلف العلماء في صياغة هذه القاعدة ، نظراً لاختلافهم في اعتبارها. قد تقدم أن العلماء يعبرون عن القاعدة المتفق عليها بين العلماء عموما أو المتفق عليها بين علماء المذهب الواحد بصيغة الخبر، أما المختلف فيها فتكون بصيغة الإنشاء- الاستفهام- لذا نجد أن فقهاء الأحناف وجمهور المالكية عبروا عن

---

[١] انظر " الموافقات" للشاطبي[٣٢٣/٢] و"إدرار الشروق" لابن شاط ص٢٠٧ و"قواعد الفقه الإسلامي" لابن رجب[ق٣٨] والسيوطي" الأشباه والنظائر" ص٢٢٩ و"أشباه" ابن نجيم ص٢٠٧ و"مجامع الحقائق" للخادمي"ص ٣١٢ "ومجلة الأحكام العدلية " [ق/٢/م٣] و"المدخل الفقهي العام "[ف/٥٧٣] وغير ها من كتب القواعدالفقهية.

[٢] "انظر إعلام الموقعين " لابن قيم الجوزية ٤/٢ و"الأشباه والنظائر" لابن نجيم ص١٦٦ و"مجموع الفتاوى "لشيخ الإسم ابن تيمية ٢٣/ ١٠٢ و"الأمنية في إدراك النية" للقرافي" ص٦ والقواعد الكبرى" للسدلان ص٥٥-٥٦ .

[٣] انظر "القواعد الكبرى" السدلان ص٥٦ .

[٤] " قواعد الفقه الإسلامي" لابن رجب ص٤١٤ و" الأمنية في إدراك النية" للقرافي ص٥ و" المغني " لابن قدامة ٤/ ٥٣، والسدلان" القواعد الكبر" ص٥٨ .

[٥] " الأشباه والنظائر" للسيوطي" ص٣٤ ،" تبين الحقائق شرح كنز الرقائق" للزيلعي ١/ ٩٨ و" المغني" لابن قدامة ١/ ٤٦٤٠ .

[٦] السدلان ص٦٣ وابن نجيم" الأشباه" ص١٥٩ و"الأشباه" للسيوطي ص١٦٩ و"مجلة الأحكام" [ق/ ٩٨] و"القواعد الكبرى" للسدلان ص٦٣ و"المنثور" للزركشي" ٢٠٥/٣ و"الدخل العام" للزرقاء[ف/٦٣٠] و"قواعد السعدي" ص٥٧ .

هذه القاعة بصـيغة الخبر " العبرة في العقود للمقاصـد والمعاني لا للألفاظ والمباني" [١] " لا تترتب الأحكام الشرعية في العبادات والمعاملات إلا على النيات والمقاصد" [٢] غير أن العلامة الونشريسي المالكي ، صاغها بخلاف ماعليه جمهور أهل المذهب ، حيث صاغها بصيغة الاستفهام بقوله:" إذا تعارض القصد واللفظ، أيهما يقدم" ؟ [٣]وذكرها الحافظ ابن رجب الحنبلي بقوله:" إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسـد العقد بذلك أم يجعل كناية عما يمكن صـحته على ذلك الوجه؟ فيه خلاف، يلفت إلى أن المغلّب هل هو اللفظ أو المعنى" [٤]

وقال الإمام ابن تيمية – رحمه الله- : " الاعتبار في العقود بمقاصدها" [٥] وصاغ ابن قيم الجوزية في كثير من كتبه بألفاظ مختلفة ، نحو:" إن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصـدها دون ألفاظها وأفعالها" ثم اسـتعرض عبارات الفقهاء للقاعدة وما يترتب من آثار على الاختلاف اللفظي في صـياغة القاعدة، ثم حرر موضع الخلاف، وخلص بأن العقد إذا كان واضح العبارة ، لا غموض فيها لا يجوز حملها على غير ظاهرها إنما النزاع في الحمل على الظاهر، حتى بعد ظهور مراد المتكلم والفاعل بخلاف ما أظهر في العبارات المحتملة، وهذا الذي وقع فيه النزاع، وهو هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهر المقاصد والنيات بخلافها ؟ أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبهما ؟ ... إذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام، أو لم يظهر قصد ما يخالف كلامه وجب حمل كلامه على ظاهره"اهـ [٦] وقال -: في زاد المعاد- : " الاعتبار في العقود بحقائقها ومقاصـدها لا بمجرد ألفاظها" [٧]وذكر نحو هذه العبارة في" إغاثة اللهفان" [٨]

---

[١] " المجلة" [م/٣/ف٢] و" شـرح القواعد" للزرقاء ص٥٥ و"شـرح القواعد" للأتاسـي ص١٣ و" المدخل الفقهي العام" للدكتور الزرقاء [ف/ ٥٧٣] و"الأشباه " لابن نجيم ص٢٠٧ ، " خاتمة الحقائق" للخادمي ص٣١٢ .

[٢] " الموافقات" للشاطب [٢/ ٣٢٣] وابن شاط"إدرارالشروق" [١/ ١٨٠] والشيخ محمد علي
" المقاصد السنية"

[٣] " إيضاح المسالك " للونشريسي ، الملكي، [ق/٥٠- ص٨٧] .

[٤] " قواعد الفقه الإسلامي" لابن رجب الحنبلي[ق/ ٧٨] .

[٥] " مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية" [٢٠/ ٥٥١-٥٥٢] .

١وقد أخذ قانون المعاملات المدنية السودا ني بمدأ تغليب القصد والنيةعلى اللفظ، حيث نصت المادة [٩٦] منه " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني......الخ.

٢" القواعد المستخرجة من إعلام الموقعين" [٢/٢٤٠و٢٦٠] .

٣" زاد المعاد" [٥/ ٨١٣] .

[٤] "إغاثة اللهفان" ص٥٢، .

أما مذهب الإمام الشافعي المغلّب اللفظ على الراجح، فقد عبروا عنها بصيغة الاستفهام" هل العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها؟" [1]

وتندرج تحت قاعدة " العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني" قواعد جزئية كثيرة سأكتفي منها هنا بذكر ما يخدم موضوع هذا البحث:

١. " الأصل في الكلام الحقيقة، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي".
٢. " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح".
٣. " إعمال الكلام أولى من إهماله . ولكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل".
٤. " ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله" .
٥. " المطلق يجري على إطلاقه، إذا لم يقم دليل على التقييد نصّاً أو دلالة".
٦. " يفسر الشك في مصلحة الطرف الذي يضار من الشرط" .

مثل هذه القواعد الجزئية ربما تكون لها علاقة بأكثر من قاعدة من القواعد الكلية، ولذا لامناص من تكرارها حسب المناسبة مع توجيهها في كل موضع بما يناسب المقام.

وهنا سأتكلم عنها عموماً وباختصار بقدر ما يوضح بعض تطبيقات القاعدة الأصلية ولكن تفاصيلها ستأتي في أماكنها الناسبة من هذا البحث.

العقد إما أن يكون بعبارة واضحة تدل على إرادة طرفي العقد ، كبعت واشتريت، ووكلت ، ووهبت...إلخ وإما أن يكون بعبارة غامضة محتملة لأكثر من معنى ، بحيث لا يمكن فهم المراد منها مباشرة
.

فإذا كانت العبارة واضحة في الدلالة على مراد أطراف العقد . وجب حملها على ظاهرها دون افتراض معنى آخر محتملاً . قال الإمام ابن قيم الجوزية: " إذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام ، ولم يظهر ما يخالف قصده، وجب حمل كلامه على ظاهره"[2] قال جمع من أهل العلم :" الألفاظ إذا كانت نصوصاً في شيئ غير متردد لم يحتج إلى نية تعين المدلول لانصرافها لمدلولها وذلك كالألفاظ الصريحة كلفظ البيع والشراء والسلم والإجارة والمزارعة والهبة والصدقة......إلخ " اهـ .

ودلالة قاعدة " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح " – والتي سيأتي شرحها – غير بعيدة عما ذكرنا ، وخلاصة القول : لتنفيذ موجب العقد لابد أن تكون عبارة العقد مفهومة لأطراف العقد .[3]

---

[1] " الأشباه والنظائر " لابن الوكيل[٢/ ٢٢٢] و"الأشباه والنظائر " لابن السبكي [١/ ١٧٤] و"الأشباه والنظائر" للسيوطي ص١٨٣ و" المنثور في القواعد" للزركشي [٢/٣٧١] و" مختصر قواعد العلائي" لابن الخطيب [٢٥٣،٢٦٩/١] .

[2] " قواعد إعلام الموقعين" ص٢٦٠.

[3] انظر " العقد والإرادة المنفردة" ص١٨٤.

قد يحصــل الغموض في مفهوم العقد – رغم وضــوح العبارة – أحياناً لعدم دقة التعبير عن الإرادة فإذا ظهر للقاضــي مثل هذا الأمر يجب عليه أن يتجاوز ظاهر العبارة إلى التعرف على مقاصـد المتعاقدين ، مع الحذر ، لأن الأصـــل أن يفهم قصـــد الشـــخص من عبارته، إلا إذا وُجد مايدل على أنه أراد خلاف عبارته . فإذا استحال فهم حقيقة العقد من ظاهر عبارته ، فلا بد من تفسير العقد بما يحقق المقصود منه . إن عدم وضـوح العقد قد يكون لأسـباب تتعلق بالعقد نفسـه، وقد يكون لأسـباب خارجية. فمن أسـباب غموض العقد المتعلقة بالعقد نفسه :

١. ازدواج معنى اللفظ الواحد الذي يعطي أكثر من معنى [الاشــتراك اللفظي] كلفظة " ولد " قد تدل على الذكر كما تدل على الأنثى، وعلى ولد الصلب كما يمكن أن تدل على ولد الولد.
٢. التناقض في مدلولات العقد، كأن يشتمل العقد على شرطين متضادين.
٣. عدم وضوح دلالات الكلمات التي تصاغ بها العقد كسقوط شرط
٤. أو جملة مهمة في توضيح السياق.
٥. زيادة بعض العابرات التي لا داعي لذكرها والتي تموه العبارة بغموض .

ومن الأسباب الخارجية التي تسبب في غموض العقد ، كحدوث ظرف جديد بعد إبرام العقد، كأن يوقف شخص عقاراً على شخص وولده ، وكان له إذ ذاك ولد موجود مع والده ثم يولد له ولد آخر . فهل يدخل المولود الجديد في عقد الوقف أم لا ؟[1] في حالة غموض العقد لأي ســـبب من الأســـباب ويحتاج القاضـي إلى تفسـيره، يجب عليه أن يبحث عن النية المشـتركة للعاقدين، وليس للإرادة المنفردة لكل منهما. وذلك دون التقيد بالمعنى الحرفي لألفاظ العقد .

قال الشيخ أحمد الزرقاء:" المراد بالمقاصد والمعاني ما يشـمل المقاصـد التي تعينها القرائن اللفظية، التي توجد في عقد فتكســبه حكم عقد آخر كما ســيأتي كانعقاد الكفالة بلفظ الحوالة... ويشــمل المقاصــد العرفية" [2]

عند تفسير العقد يجب مراعاة عدة أمور منها:

١. النظر إلى طبيعة التعامل . – أي يجب على القاضي أن يفسر العقد حسب ما تقتضيه عبارات العقد ومدلولاته– المعنى الذي يتوافق وموضوع العقد، فلا يجوز له أن يستنتج أن إرادة المتعاقدين قد قصدت الخروج عن موضوع العقد إلا إذا وجد في العقد نصا صريحاً على ذلك . فمثلاً إذا اشترط المؤجر على

---

[1] نفس المرجع ص١٨٦ .

[2] " شرح القواعد" ص٥٥ .

المستأجر أن يدفع له مبلغاً معيناً عند إبرام العقد، فلا يجوز له أن يحمل دفع هذا المبلغ على أنه ثمن للعقار، بل طبيعة العقد تدل على أنه جزءٌ من الإيجار المقدم.

٢. اعتبار ما ينبغي في توافر الأمانة والثقة بين المتعاقدين، فالواجب أن يفهم المتعاقد ما صدر من الطرف الآخر بحسن نية وثقة، حتى لو حصل خطأٌ في التعبير.

٣. الالتزام بالقاعدة الشهيرة " إعمال الكلام أولى من إهماله، ولكن إذا تعذر إعمال الكلام يهمل"[1]

معنى هذه القاعدة " إعمال الكلام ما أمكن أولى من إهماله، لأن المهمل لغو، وكلام العاقل يصان عنه، فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولاً به في حقيقة ممكنة، وإلا فمجازٌ.

من توابع هذه القاعدة:

أ. التأسيس أولى من التأكيد.فالأصل في الكلام أن يفيد فائدة مستأنفة غير ما أفاده سابقه، لأن الاستئناف تأسيس، وإفادة ما أفاده ما قبله تأكيد، والتأسيس أولى من التأكيد[2]. فجعل الكلام تأكيداً لما قبله نوع من الإهمال . فالإهمال أعم من الإلغاء . فلو أقر شخص لآخر بمبلغ من المال في وثيقة ، ثم أقرّ بمثله مرة أخرى ، يعتبر ما قاله في المرة الثانية مبلغاً جديداً ، وليس عين الأول، فعلى المقر له مطالبته بهما ما لم يثبت خلاف ذلك . أما إذا تعذّر حمل الكلام على الحقيقة حُمل على المجاز. فلو أوصى شخص لولده بمالٍ، وليس له ولد صلبٍ، وإنما له ولد ولدٍ، فيعطى المال الموصى به لولد الولد، حملاً للكلام على المجاز. فلو تعذّر حمل الكلام على الحقيقة أو المجاز أُهمل، كأن يقول: زيد هذا ابني فأعطوه ميراثي— في حين أن زيداً هذا في سنه أو أكبر منه. فيهمل كلامه هنا لاستحالة حمله على حقيقته أو مجازه، لأن الذي أقر له بالبنوة في سنه أو أكبر منه . فلا يمكن أن يكون الشخص في عمر أبيه فضلاً من أن يكون أكبر منه .

ب. مما يفيده النص، لوكان في عبارة العقد أكثر من معنى، فينبغي إعمال المعنى الذي يترتب عليه ما يفيد دون مالا تترتب عليه فائدة، فإذاُ وجد في العقد شرط يحتمل معنيين ،أحدهما يؤدي إلى بطلان العقد والآخر لا يؤدي إلى ذلك وجب حمله على المعنى الذي لا يؤدي إلى بطلان العقد . فإذا وجدت في صيغة العقد عبارة لا يترتب عليها أي أثر ، تهمل ، كأن يشتري أحدٌ سلعة وينص في العقد أن القيمة مائة مليون من الجنيهات السودانية العادية. فكلمة العادية لا معنى لها، لأن في السودان لا يوجد إلا نوع واحد من الجنيهات.

---

[1] " مجلة الأحكام العدية" القاعدة ٥٩ و٦٣و ٦١ ٠ و"قانون المعاملات المدنية [٩٧] .

[2] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٨٧ .

ج. يجب عند تفسير نص العقد النظر إلى عباراته في إطاره الكلي، ليحمل العام على الخاص والمطلق على المقيد، حتى لا تتناقض عليه المعاني، فإذا وُجد في العقد الواحد عبارتان إحداهما تفيد تقييد العقد بشرط والأخرى تفيد إطلاقه منه. وجب حمل المطلق على المقيد-أي اعتباره مقيداً بالشرط المذكور- أما إذا لم يوجد ما يقيد العقد وجب إعماله على إطلاقه. وهذا ما تفيده القاعدة الأصولية الفقهية "المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل على التقييد نصّاً أو دلالة "[1] ولا يشترط في العقد ذكر جميع التفاصيل إذا أمكن فهم المسكوت عنه من المنطوق ، كمن يبيع مزرعة فيها بئر أو منشئات سكنية وغيرها ، لا يشترط في عقد البيع أن يذكر أن البيع يشمل المزرعة وما فيها من بئر...إلخ أو أن ينص في بيع دار سكنية على أن الأبواب والنوافذ وعرصة الدار تابعة للبيع . وهذا ماتفيده القاعدة" ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله "[2]

د. يجب مراعاة العرف المعتبرعند تفسير العقد اذا اشتمل على ألفاظ محتملة أو نقص في عناصر العقد حتى يتضح المراد منه، فإذا تم عقد بين شخصين مفاده أن يقوم أحدهما بتوزيع بضاعة للآخر ، وكان العرف يقضي بأن يُعطى هذا الموزع نسبة معينة من قيمة البضاعة ، فيستحق هذه النسبة العرفية عند التنازع ما لم يوجد في العقد ما يخالف ذلك.مادام المقصود من العقد المعنى وليس مجرد عبارات وألفاظ فيجب حمله على المعنى المقصود سواء كان نصا أو استنتاجا معقولا. لا يسبب ضرراً لأحد طرفي العقد.

٢. القاعدة الثانية

من القواعد المندرجة تحت قاعدة "الأمور بمقاصدها":" المقاصد من منافع الأعيان المعقود عليها إذا كانت متعينة استغنت عن التعيين"[3]

"الألفاظ إذا كانت نصوصاً في شئ غير متردد ، لم يحتج إلى نية تعيين المدلول لانصرافها بصراحتها إلى مدلولها" [4] كبعت واشتريت ، ووهبت .... إلخ . مثل هذه الألفاظ تدل على مدلولها بالمطابقة ، والتعيين، حيث تعينت هذه الألفاظ لهذه العقود فلزم مدلولها . فالألفاظ الصريحة التي تتردد بين شيئين وكان تعيينها :إما من قبل الشارع، أو من قبل الاستعمال اللغوي، أو الاستعمال العادي ، لا تنصرف عن

---

[1] "المجلة" [م/٦٤/ق٦٣] و"قواعد الندوي" ص٤٥٩ .

[2] " المجلة"[م٦٣، ق/٦٢] .

[3] انظر " قواعد الأحكام" للعز بن عبد السلام ٢١٠/١ و" الأمنية " للقرافي ص٥ والسدلان " شرح القواعد الكبرى" ص٥٦ .

[4] " الأشباه والنظائر" لابن نجيم ص١٦٦ و"إعلام الموقعين "لابن القيم ٤/٢ و" مجموع الفتاوى " لابن تيمية ١٠٢/٢٣ والأمنية في إدراك النية" للقرافي ص٦ و" شرح القواعد الكبرى " للسدلان ص٥٥-٥٦ .

مدلولها إلا بنية أو قرينة ظاهرة، وتدل على ما وُضـــعت له بمجرد الإطلاق فلا تحتاج إلى نية التعيين ، وإنما تحتاج إلى القصد ، فلو صدرت هذه الألفاظ ممن لا يعرف معناها أو من غير مكلفٍ فلا يلزم بمدلولها .

فالعين المعقود عليها عقد إجارة أو إعارة أو نحوهما ، لا تحتاج إلى تحديد كيفية استيفاء المنفعة منها ، في العقد، مادامت المنفعة متعينة عادة ، كمن يستأجر داراً معدة للسكن عرفاً، أو سيارة للركوب، ولا يجور للمستأجر أن ينتفع بالعين المؤجرة إلا فيما أُعدت له عرفاً، فلو خالف العرف في ذلك بدعوى أن العقد لم يحدد نوعية الانتفاع بها، يعتبر متعدياً.[1]

أما إذا كانت العين المؤجرة يمكن استعمالها في أكثر من غرض، فلابد من تحديد نوعية الاستعمال في العقد، ومع ذلك لو وجد عرف يحدد كيفية الاستعمال، فالعرف حجة.[2]

٢. " النقود إذا كان نوعها غالباً لم يحتج إلى بيانها في العقد " ٣

فإذا كان في البلد الواحد أكثر من عملة ، فلا بد من ذكر نوعها في العقد،كما كان الحال في السودان إبان استبدال الجنيه بالدينار، استمر التعامل بهما لفترة زمنية ثم أوقف العمل بالجنيه، في تلك الفترة ، كان لابد من تحديد نوع العملة في العقود، إما إذا كان نوع العملة السائدة في البلد نوعاً واحداً فلا ضرورة لذكر هذا النوع في العقد ففي حالة اشتراك أسماء لعملات من بلاد مختلفة كالدينار الأردني والدينار الكويتي والسوداني ، فإذا تم عقد بيع بين سوداني وكويتي أو أردني في بلد خارج بلدي أطراف العقد فلا بد من تحديد النوع قطعاً للنزاع وهذه الأحكام تفاصيلها في باب تنازع القوانين[4].

٣. " الخطأ فيما لا يشترط التعيين له لا يؤثر"١

الخطأ الذي لا يؤثر على إرادة طرفي العقد لا تأثير له في صحة العقد مثل الخطإ في شخصية المتعاقد إذا لم تكن شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد، كعقد البيع العادي إذا لم تكن شخصية المشتري ذات أهمية بالنسبة للبائع، كأن يظن أن الذي اشترى منه زيد ثم ظهر أنه عمرو، فلا تأثير له في صحة

---

[1] نفس المرجع .

[2] انظر " قانون إيجار المباني لسنة ١٩٩١م للدكتور أحمد الشيخ عمر ص١٥٨ و"العقد والإرادة المنفردة" لأبي ذر الغفاري ص١٩٧ و" قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة١٩٨٤م ٠[م/٣١٥] ٠١/انظر " قانون إيجار المباني لسنة ١٩٩١م للدكتور أحمد الشيخ عمرص١٥٨ و"العقد والإرادة المنفردة" لأبي ذر الغفاري ص١٩٧ و" قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة١٩٨٤م ٠[م/٣١٥] .

[3] انظر " قواعد الفقه الإسلامي " لابن رجب الحنبلي ص٤١٤ و" الأمنية في لإدراك النية" للقرافي ص٥ و" المغني لابن قدامة الحنبلي ٥٣/٤ والسدلان " شرح القواعد الكبرى" ص٥٨ .

العقد. أما الخطأ الذي يعيب الإرادة كالخطأ في الأمور الجوهرية في العقد ، كالخطأ في شخصية المتعاقد إذا كان شخصية المتعاقد ذات أهمية في إبرام العقد. وتكون شخصية المتعاقد ذات اعتبار في عقود التبرع كالهبة والوصية والعارية ، فمن وهب لشخص أو أعاره أو أوصى له ظنّاً منه أنه فلان — لشخص يقصده- ثم تبين خطؤه فيه، جاز له إبطال العقد وكذا عقود المعاوضات التي تتطلب صفات معينة لها تأثيرها في العقد ، كأن يتعاقد مع طبيب ليجري له عملية جراحية دقيقة ظناً منه أنه متخصص في هذا المجال، ثم تبين له أنه غير متخصص في المجال الذي يقصده فمثل هذا خطأ مؤثر يؤدي إلى إبطال العقد .

٤. " من استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه " ١

معنى القاعدة: من استعجل الشئ الذي وضع له سبب عام مطرد وطلب الحصول عليه قبل أوانه —أي — قبل وقت حلول سببه العام ، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع ، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشئ بغير ذلك السبب، قبل ذلك الأوان " عوقب بحرمانه " لأنه باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محظور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحظور [2]

مما تقدم اتضح أن سبب حرمان الشخص مما كان له، عدم السعي إليه بالطرق المشروعة. وليس مجرد الاستعجال إلى الحصول على الشئ هو المانع منه. بل سلوكه المسلك المحظور الذي دفعه إليه استعجاله هو سبب حرمانه.

من الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة:

١. ما جاء في " الدر المختار" : منع القضاة عن الحكم بصحة وقف المديون ، لئلا يضرر أرباب الديون، لهربه من الدين بالالتجائه إلى الوقف، فيرد عمله عليه بعد م الحكم بصحة وقفه. [3] أهـ- نلاحظ في هذا المثال عدم جعل الاستعجال سبباً للحرمان من مقصوده وإنما السبب هو تحايله غير المشروع في سداد ما عليه من الدين- .
٢. لو طلّق الرجل زوجته في مرض موته ثم مات وهي في العدة ، فإنها ترث منه رداً لعمله ، فإن السبب العام الذي يمنع أحد الزوجين ، لا على التعيين من إرثه من الآخر هوتقدم موته . وهذا يحتمل وقوعه

---

[1] انظر " النثور " للزركشي ١/ ٢١٠ و"الأشباه والنظائر" للسيوطي ص١٥٢ و" الأشباه والنظائر" لابن نجيم ص١٨٤ و"قواعد الفقه الإسلامي" لابن رجب الحنبلي ،ق١٠٢ والمجلة ق/ ٩٨،م٩٩ و" شرح القواعد للزرقاء" ص٤٧٣ و"قوعد الندوي" ص٤٢٠ و"الوجيز" للبرنو ص١٥٩ و"شرح القواعد الكبرى " للسدلان ص٦٣ .

[2] " شرح القواعد " للزرقاء ص٤٧٣ والسدلان" شرح القواعد" ص٦٥ و"إغاثة اللهفان" لابن القيم ٣٧١/١ .

[3] الزرقاء " شرح القواعد" ص٤٧٢ .

عليه أو عليها، فلما أراد الزوج التنصل عن هذا السبب الموضوع بوجه عام والخروج من دائرة احتمال وقوعه عليه دونها وعمل على حصــر عدم الإرث في جانبها بهذا الســبب الخاص المحظور – الطلاق في مرض الموت– اســتعماله لمثل هذا القصـــد الســـيئ عوقب برد عمله هذا عليه وحرمانه من ثمرته بتوريثها منه .[1]

٣. لو قتل الوارث مورّثه، يُحرم من ميراثه، لسعيه للوصول إلى هذا الهدف بالوسيلة المحرمة، وفي الحديث " لاير ث قاتل"٢ وكذا لو قتل الموصى له والموصي .

٤. ثبت في السنة أن من سرق من الغنيمة قبل قسمها، يسلب منه ما أخذه ويحرق رحله عقوبة على استعجاله للوصول إلى مقصوده بما حرمه الله من الوسائل٣.

وخلاصـــة القول أن من احتال على تحليل الحرام أو تحريم الحلال فإنه يعامل بنقيض قصـــده عقوبة له. والأدلة على هذه القاعدة في الكتاب والســـنة كثير ة ، منها: عقوبة الله لأصـــحاب الجنة الذين تحايلوا على إسقاط حق المساكين ، بالحرمان من ثمرة حديقتهم قال تعالى:﴿ إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ(١٧) وَلا يَسْتَثْنُونَ (١٨) فَطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِنْ رَبِّكَ وَهُمْ نَائِمُونَ (١٩) فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ ﴾ [4] وقال تعالى: ﴿ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ ﴾ [5] وأمر النبي ﷺ : بحرق من غلّ من الغنيمة[6] وأمر بحرمان القاتل من ميراث المقتول [7]وهذه الأدلة وغيرها تدل على أن محاولة التوصـــــل بالوسيلة المحرمة إلى الغاية الصحيحة ، محرم ، وصاحبه يعاقب بنقيض قصده . واعتبر بعض العلماء قاعدة" من استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه" من مستثنيات القاعدة الكبرى" الأمور بمقاصدها .

---

[1] نفس المرجع.

[2] انظر " سنن الترمذي " كتاب الفرائض، باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل ٤٢٥/٤ برقم٢١٠٩ و"سـنن ابن ماجه" ٢/ ٨٨٣ رقم ٢٦٤٥ والحديث ضـعفه الترمذي وصـححه الألباني بشـواهده وطرقه ٠ انظر "إرواء الغليل" ١١٧/٦ ٠/سورة القلم، الآيات[١٧-٢٠] .

[3] شرح القواعد للزرقاء ص٤٧٣ وشرح القواعد الكبرى للسدلان ص٦٥ وإغاثة اللهفان لابن القيم ٣٧١/١ .

[4] سورة القلم الآيات ١٧-٢٠ .

[5] سورة البقرة الآية[٢٧٠].

[6] ســـنن أبي داود، ٢/ص٦٩ ،كتاب الجهاد، باب عقوبة الغال، الأحاديث رقم ٢٧١٣و٢٧١٤و٢٧١٥ ط: مكتبة الرياض الحديثة– المملكة العربية السـعودية– الرياض والحديث ضـعفه أبوداود ، ولكن صـح من فعل وليد بن هشـام بحضـرة كبار التابعين كعمر بن عبد العزيز– رحمه الله– انظر " فتح الباري شـرح صـحيح البخاري" للحافظ ابن حجر ٢١٦/٦-٢١٧كتاب الجهاد، باب القليل من الغلول، شرح الحديث رقم ١٩٠، طبعة القاهرة، دار الريان للتراث .

[7] تقدم تخريجه .

الفصل الثاني

قاعدة " المشقة تجلب التيسير" [1]

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : شرح القاعدة وبيان أصولها الشرعية .

هذه القاعدة إحدى القواعد الخمس الكبرى والتي تعتبر أصول القواعد الفقهية ودعائمها. وتواتر النقل عن أئمة الفقه ، التنويه بشأنها وعلو منزلتها بين قواعد الفقه، وأجمع على اعتبارها مصنفوا قواعد الفقه. فما من مصنف في هذا الفن إلا واعتبر هذه القاعدة من أصول مصنفه. وهي من أوسع القواعد الفقهية وأشملها، فما من باب من أبواب الشريعة إلا ولهذه القاعدة مكانة فيه، بدءاً بالعقيدة ومروراً بالشعائر والشرائع والآداب. وهي مرجع جميع رخص الشرع .

أما معناها في اللغة " المشقة ": هي التعب ، فيقال: شقّ عليّ الأمر. إذا أتعبه، ومنه قوله تعالى ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلا بِشِقِّ الأَنْفُسِ﴾ [2] –أي بتعبها–ومن معاني المشقة ،العسر والعناء الخارجين عن حد العادة في الاحتمال [3] " تجلب" تستدعي ، وتأتي . " التيسير" في اللغة : السهولة والليونة ، يقال: يسر الأمر، إذا سهل ولان ومنه قوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ﴾ [4] – أي السهولة– ومنه أيضاً قوله ﷺ:" إن الدين يسرٌ" [5] – أي سهل وسمح– وقال ﷺ:" أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة "[6] والمعنى اللغوي العام: إن الصعوبة والعناء تصبح سبباً للتسهيل . [7]

---

[1] انظر " مختصر القواعد للعلائي" لابن الخطيب [١/٩٥و٢٧٩و٢/٢٠٩] والزركشي" المنثور في القواعد" ٢/١٧٩و"الموافقات"للشاطبي٢/١١٩–١٢٣و"الأشباه والنظائر" لابن السبكي ١/٨٤و"الأشباه والنظائر" للسيوطي ص٣٣ و"الأشباه والنظائر" لابن نجيم ص٧٥ و"مجلة الأحكام العدلية" [ق١٦/م١٧] و"المدخل الفقهي العام د: الزرقاء[ق٥٩٨ و"ضوابط المصلحة " للبوطي ص٢٧٦ و" المدخل الفقهي" للكردي ص٤٤ و"الوجيز" للبرنو ص٢١٨ و"القواعد الفقهية" للندويص٣٠٢ / .

[2] سورة النحل الآية[٧].

[3] "المنجد في اللغة والإعلام ص٣٩٦ و"معجم لغة الفقهاء"ص٤٣١ .

[4] سورة البقرة الآية[١٨٥].

[5] رواه البخاري في صحيحه ، بأرقام ٣٩، ٥٦٧٣، ٦٤٦٣، ٧٢٣٥ انظر فتح الباري شرح صحيح البخاريللحافظ ابن حجر ١/١١٦–١١٧ ط١ ١٤٠٧هـ١٩٨٦م ، دار الريان للتراث ، القاهرة .

[6] رواه البخاري – تعليقاً. انظر المرجع السابق ص١١٦،٧/ انظر "الوجيز" للبرنو ص٢١٨ و"شرح القواعد" السدلان ص ٢١٩–٢٢٠ ،٨/ " الوجيز" للبرنو ص١٣٠٨/"ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية" للبوطي ٢٧٧ط الرابعة ١٤٠٢هـ.

[7] " المدخل الفقهي" للزرقاء ٢/٩٩١فقرة ٥٩٨.

ومعنى القاعدة اصطلاحاً" إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو حرج"[1] ويفهم من هذه القاعدة :" أن المشقة التي قد يجدها المكلف في تنفيذ الحكم الشرعي، سبب شرعي صحيح للتخفيف منه بوجه ما"[2] لأن في المشقات إحراجاً ، والحرج مدفوعٌ عن المكلف بنصوص الشريعة [3] فمن أمعن النظر في أحكام الشريعة أصولها وفروعها في جميع أبوابها يجد أنها مبنية على التخفيف ودفع الحرج. وهذا التخفيف في أحكام الشرع نوعان:

النوع الأول: ما شرع من أصله على التيسير، وهو عموم التكاليف الشرعية في الأحوال العادية.

النوع الثاني: ما يسمى بالرخصة: وهي التكاليف التي تُراعى فيها الأعذار والعوارض. فالنوع الأول واضح لكل ذي عقل سهولة تكاليف هذا الدين ومسايرته لفطرة الإنسان وطاقته، لا تعقيد فيها، ولا إصر ولا أغلال . وفي الجملة كل ما كلف الله به العباد في حدود طاقتهم من غير مشقة أو عنت خارج عن العادة ، هذا على سبيل العموم . أما الأعذار والعوارض التي تسبب الحرج والمشقة، فقد شُرع لها النوع الثاني من التكاليف وهو الرخصة. و كل هذا دليل على رحمة الله سبحانه بعباده وسماحة شرعه ، الذي ما جاء إلا لمصالح العباد وسعادتهم في الدنيا والآخرة.

الأدلة الشرعية على اعتبار هذه القاعدة:

دلت نصوص القرآن والسنة على المتواترة على اعتبار هذه القاعدة، والإجماع منعقد على نفي الحرج ودفع المشقة من تكاليف هذا الدين، ونسوق هنا بعض الأمثلة من هذه الأدلة.

أولاً الأدلة القرآنية:

١. قال تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [4]. قال الإمام السيوطي –رحمه الله – :هذه الآية أصل القاعدة الكبرى التي تقوم عليها تكاليف هذه الشريعة، وهي أصل لقاعدة عظيمة ينبني ليها فروع كثيرة ، وهي:" المشقة تجلب التيسير" وهي إحدى القواعد الخمس التي ينبني عليها الفقه وتحتها من القواعد والفروع مالا يحصى كثرة، والآية أصل في جميع ذلك . إهـ [5]

---

[1] الوجيز للبرنو ص٣٠٨ .

[2] ضوابط المصلحة للبوطي ٢٧٧ ط الرابعة ١٤٠٢هـ .

[3] المدخل الفقهي للزرقاء ٩١/٢ فقرة ٥٩٨ .

[4] البقرة الآية[١٨٥] .

[5] " الإكليل في استنباط التنزيل" ص٤١ .

٢. قوله تعالى: ﴿ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلا وُسْعَهَا ﴾ [١] قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله– : تضمن الآية أن جميع ما كلفهم به أمراً أو نهياً مطيقون له قادرون عليه وإنه لم يكلفهم ما لا يطيقون. إهـ[٢]

٣. قال تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[٣] قال الحافظ ابن كثير – رحمه الله– :أي ما كلفكم ما لا تطيقون وما ألزمكم بشيء يشق عليكم إلا جعل الله لكم فرجاً ومخرجاً.... فالرخص والتخفيفات في سائر الفرائض والواجبات . إهـ[٤]

٤. قال تعالى :﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ﴾ [٥]

٥. قال تعالى:﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [٦] كل هذه الآيات وغيرها دليل واضح على يسر هذه الشريعة وسماحتها ، ومدى رحمة الله بعباده .

والرخص[٧] الشرعية أمر مقطوع به معلوم من دين الإسلام بالضرورة. كرخص الفطر في رمضان وجمع الصلوات وإباحة تناول المحرمات عند الضرورة.

وكل النصوص الدالة على منع التشدد والتعمق والتكلف في أمر الدين، يعد من أدلة هذه القاعدة.

والإجماع منعقد على عدم وقوع التكليف بالشاق الحرج من التكاليف. قال الإمام الشاطبي رحمه الله– :إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع إهـ[٨]

وقال أيضا: إن الإجماع على عدم وقوع التكليف بالشاق . وهو يدل على عدم قصد الشارع إليه ولوكان واقعاً لحصل في الشريعة التناقض والاختلاف وذلك منفي عنهما اهـ[٩] .

من الفوائد التي ذكرها بعض العلماء هنا:

---

[١] البقرة الآية[٢٨٦] .

[٢] " مجموع الفتاوى" [١٤/١٣٧-١٣٨] .

[٣] سورة الحج الآية[٧٨] .

[٤] تفسر ابن كثير"

[٥] سورة النساء الآية[٢٨] .

[٦] المائدة الآية[٦] .

[٧] الرخصة :لغة السهولة واللين واليسروالتوسع. انظر "الإحكام في أصول الأحكام" للآ مدي ١٣١/١ وفي الاصطلاح : هي الإباحة التي ثبتت مشروعيتها بناء على الأعذار مع قيام الدليل المحرم توسعاً في الضيق . نفس المرجع ١٣٢/١ والسدلان "شرح القواعد الكبرى"ص٢٣٣ .

[٨] " الموافقات في أصول الأحكام" ٢٣١/١ .

[٩] نفس المرجع .

١. أن المشقة المنفية في الشريعة ابتداء والتي جاءت الرخص لرفعها عند المقتضى هي المشقة الخارجة عن معتاد المشقات في الأحوال العادية ، وحصل بها مضار في أمر الدين أو الدنيا، وخاصة إذا كانت المشقة في موضع لا نص فيه أما مع النص بخلافه فلا . أما المشقة العادية فلا بد منها في التكليف، وإلا لما كان تكليفاً [١] .

٢. أسباب الرخص الشرعية المخففة للتكليف سبعة وهي:[٢]المرض، والسفر، والإكراه، والنسيان، والعسر وعموم البلوى،والنقص.

وإليك بعض الأمثلة التطبيقية لهذه العوارض في باب المعاملات .

١. **المرض**: ومن أحكامه. التبرع في مرض الموت يعتبر وصية ، وتجري عليه أحكام الوصية [٣]

٢. **السفر**: ومن أحكامه. جواز بيع الإنسان مال رفيقه القابل للتلف وحفظ قيمته وحفظ ما لم يبعه للورثة بدون ولاية ولا وصاية ،إذا مات في السفر[٤] . ومن أحكام السفر أيضاً جواز فسخ الإجارة بعذر السفر ، وجواز إنفاق المضارب على نفسه في السفر من مال المضاربة بالمعروف . [٥]

٣. **الإكراه**: والإكراه هو: التهديد من قادر على تنفيذ ما يهدد به من ضرب مبرح أو جرح أو بإتلاف نفس أو عضو أو حبس أو قيد[٦]، وللإكراه حالتان:

أ. إكراه يفقد المكره معه الإرادة مطلقاً. وليس أمامه خيار إلا تنفيذ إرادة المكره، فالعقد الذي يتم تحت هذا النوع من الإكراه، باطل ولا أثر له.

ب. الإكراه الذي يكون معه للمكره خيار بين تنفيذ المطلوب من المكره أو إيقاع ما يهدد به. كأن يقول: وقّع هذا العقد وإلا حبستك. فإن وقّع تحت هذا التهديد يكون عقده قابلاً للإبطال عند زوال أسباب الإكراه .

---

[١] "الأشباه والنظائر" لابن نجيم ص٨٣ .

[٢] انظر " ذظر"قواعد الأحكام" للعز بن عبد السلام٢/٩-١١و١٧و"الموافقات" للشاطبي ٨٧/١ -٩٠و"الأشباه" لابن نجيم ص٨٢ و"المدخل الفقهي" للزرقاء ٩٩٣/٢ .

[٣] انظر "شرح القواعد" للزرقاء ص١٥٧- ١٦١ "وشرح القواعد الكبرى" للسدلان ص٢٣٨-٢٤٥.

[٤] انظر"حشية ابن عابدين" باب الوصية و" قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م[م/٦٨٥]
و"فقه السنة" لسيد سابق [٤٦١/٣-٤٦٢] ط٣، ١٤١١هـ -١٩٩٠، القاهرة، دار الريان للتراث.

[٥] " شرح القواعد" للشيخ الزرقاءص١٥٧.

[٦] انظر "شرح القواعد" للزرقاء ص١٥٨.

٤. **النســـيان**: وهو رافع للاثم في فعل المعصـــية أو ترك المأمور لقوله – ﷺ -:" رُفع عن أمتي الخطأ والنســيان وما اســتكرهوا عليه١ ولكن لا يســقط به حقوق العباد٢، فلو أتلف إنســان مال الغير ناســـياً، يجب عليه قيمته إن كان قيمياً أو دفع مثله إن كان مثلياً ، لأن حقوق العباد محترمة لحاجة الناس إليها ، والضــمان من الجوابر. والجوابر لا تســقط بالنســيان ، بخلاف حقوق الله تعالى التي شرعت للابتلاء والاختبار ، فتحتاج إلى القصد . والنسيان يعدم القصد.٣

٥. **الجهل**: وهو عدم العلم ممن شـأنه أن يعلم. وهو قد يجلب التيسـير[٢] ومن تيسـيراته في المعاملات: مالو جهل الشــفيع في البيع فإنه يعذر في تأخير طلب الشــفعة ومنها ، جهل الوكيل أو القاضـــي بالعزل ، أو المحجور بالحجر ، فإن تصــرفهم صــحيح إلى أن يعلموا بذلك، ومنها ما لو أجاز الورثة الوصية ، ولم يعلموا ما أوصى به الميت ، لا تصح إجازتهم [٣].

٦. **العســـر وعموم البلوى**: من تيســـيراته في المعاملات: تجويز بيع الوفاء، ســيأتي تفصـــيله والمزارعة والمســـاقاة والســـلم والإجارة ، ولهذا لا تجوز إجارة العين بمنفعة عين مثلها، ولا عقد الإجارة على منفعة غير مقصودة لعدم تحقق العسر والبلوى.[٤]

٧. **النقص**: وفيه نوع من المشـقة يتسـبب عنها التخفيف، وذلك كالصـغر والجنون والأنوثة. أما الصـغر والجنون فيجلبان التخفيف لعدم تكليف الصـغير والمجنون ، كما أن تصـرفات المجنون والصـغير دون السابعة لا يعتد بها لا في بيع ولا شراء ولا إجارة ولا وكالة ولا غيرها من المعاملات ، لعدم الأهلية ، والتي هي شــرط صــحة العقد، من عجائب التناقضـــات في القوانين الســـودانية : ما جاء في نص المادة[٤/٢٢] من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م على أن الصبي دون السابعة لا يعتبر مميزاً "كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز" .ونصت المادة[٢٢٠] من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م على أن سن التمييز عشر سنوات بقولها " الصغير غير المميز هو من لم يكمل العاشرة من عمره" وهذا يتعارض مع ما جاء في قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م والذي حدد سن التمييز بسبع سنوات وفق المادة[٤/٢٢] كما تقدم . قال صاحب كتاب" العقد والإرادة المنفردة " : ويلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م قانون خاص يطبق على المسلمين وذلك استنتاجاً من اسم القانون رغم عدم وجود نص محدد على ذلك في القانون نفسه ثم إنه قانون لاحق لقانون المعاملات المدنية لســـنة ١٩٨٤م ونص على ســـيادة أحكامه في حالة أي

١اروواه الإمام أحمد – الفتح الرباني ١/ باب سجود السهو .

[٤]الزرقاء" شرح القواعد"ص١٥٩ وما بعدها.

[٥] نفس المرجع ص١٦٠.

[٤] نفس المرجع ص١٦١.

تعارض بينها وبين أي قانون آخر وعليه فإن ســن التمييز بالنســبة للمســلمين عشــر ســنوات ... الصبي- من غير المسلمين- من أكمل السابعة ولم يكمل الثامنة عشر من عمره، وبالنسبة للمسلمين من أكمل العاشرة ولم يكمل الثامنة عشر" . انظر " [1]

وهذا الاســتنتاج باطل عقلاً ونقلاً . لأنه ليس هناك من فرق بين المســلم وغير المســلم في ســن التمييز، لا بنص صــحيح ولا عقل صــريح ، بل الواجب أن يقال : إن هذا التناقض مصــدره الاجتهاد الخاطئ ودليل على النقص البشـري، فالواجب تصـحيح هذا الخطأ وتدارك هذا التناقض . ولعل الأصـوب تحديد ســن التمييز بالســابعة لماذهب إليه جمهور أهل العلم، ويمكن الاســتئناس بالحديث النبوي: (مروهم عليها- أي الصلاة- لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع) [2]

أما الصبي المميز- وهو من بلغ السابعة ولم يبلغ سن الرشد- فتتوقف صحة تصرفاته المالية على نوع التصرف ،فإذا تصرف بما فيه النفع المحض، جاز،كقبول هبة ، أما إذاكان تصرفه فيما فيه ضرر محض كالتبرعات ، فلا يجوز، وماكان متردداً بين النفع والضــرر ،كالبيع والإجارة، فتتوقف صـحته على الإجازة من وليه أو ينتظر حتى يبلغ ســن الرشـد ثم إن شــاء أمضـاه وإلا أبطله.وقد اختلف الفقهاء في تحديد ســن الرشـد التي من بلغها- مع عدم العوارض- كان أهلا لتحمل جميع المسئوليات ، منهم من حددها بخمسـة عشــر عاما ومنهم من حددها بســبعة عشــر عاماً ومنهم من قال: بثمانية عاما ومنهم من حددها بالبلوغ مطلقاً والراجح – إن شــاءالله- أن الأصــل في ذلك البلوغ مع عدم العوارض، لقوله تعالى:(وابتلوا اليتامى حتى بلغوا النكاح فإن آنســـتم منهم رشـــداً فادفعوا إليهم أموالهم. ..الآية) وقال جل ذكره: (وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم...الآية) ومن حديث عطية القرظي :عُرض على رســـول الله ﷺ بني قريظة فكل من أنبت منهم قتله بحكم ســعد بن معاذ، ومن لم ينبت اســتحياه، فكنت ممن لم ينبت فتركني. والإنبات من علامات البلوغ عند الجمهور. وعن عثمان رضــي الله عنه في غلام ســرق: انظروا إن كان قد اخضــرّ مئزره فاقطعوه. ومن قال خمسـة عشـر عاماً احتج بحديث ابن عمر — رضـي الله عنه- أن النبي صـلى الله ﷺ رده في غزوة أُحد وهو ابن أربع عشرة سنة وأجازه في الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة. رواه مسلم ، ولا حجة في ذلك لأن ليس كل من بلغ خمس عشرة سنة يطيق الجهاد ، وقال جمهرة من أهل العلم : ثبت بالاستقراء أن الســن التي لا يتجاوزها المرء إلا وهو بالغ ثمانية عشــرعاماً٢. وهو أحوط ، فمن ارتكب حداً من حدود الله ولم يثبت بلوغه الحلم وعمره دون الثامن عشر ينبغي أن يعامل معاملة الصغير احتياطاً قال عمر بن عبد العزيز- رحمه الله — الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة ومن النقص المخفف عدم العقل ونقصـــانه

---

[1] انظر " العقد والإرادة المنفردة" لأبي ذر الغفاري ص٤٩ .

[2] رواه الإمام أحمد ١- باب الصلاة، الفتح الرباني.

١٢ انظر تفسير القرطبي سورة النساء الآية ٦

المخل بالتصـــرفات فالعقل مناط التكليف ، فلا تكليف على من بعقله خلل، وكذا الأنوثة من أســـباب التخفيف في بعض الأمور كالجهاد الكفائي والجمعة والجماعات ودفع الديات إن لم تكن هي القاتلة القاتلة ولا سيما في العمد الذي يُقبل فيه عن القصاص الدية ونحوها.

المبحث الثاني: القواعد المندرجة تحت قاعدة " المشقة تجلب التيسير" وتطبيقاتها.

تقدم أن هذه القاعدة من أو سع القواعد وأشملها لمسائل الشرع، وتحتها من القواعد الجزئية ما لا يحصى في جميع أبواب الفقه، وسأكتفي هنا ببعض هذه القواعد التي تتعلق بأواب المعاملات . منها:

١. " الضرورات تبيح المحظورات " .
٢. " الضرورة تقّدر بقدرها " .
٣. " ما جاز لعذر بطل بزواله ".
٤. " الاضطرار لا يبطل حق الغير".
٥. " إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق" .
٦. " الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة " .

١. قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات" [1]

معنى القاعدة :" الضرورات " جمع ضرورة، وهي مأخوذة من الاضطرار، والحاجة الشديدة والمشقة التي لامدفع لها[2]. والضروري ، ما لا يحصل وجود الشئ إلا به، كالغذاء الضروري في حياة الانسان[3]
و" المحظورات " جمع محظور، وهو الحرام المنهي عنه .
والمحظور شرعاً " ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام .

أما معنى القاعدة في الاصطلاح أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة وعند الحاجة الشديدة وقد عرفها الدكتور وهبة الزحيلي بقوله :" أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو العضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال ، ويتعين أو يباح عندئذ إ رتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعاً للضررعنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع . اهـ[4]

---

[1] انظر "الأشباه والنظائر" لابن الوكيل[٢٣٥٣]و"الأشباه والنظائر" لابن السبكي[٤٥/١] و"الأشباه" للسيوطي ص٩٣ و"الأشباه" لابن نجيم ص٨٥و"غمز عيون البصائر" للحموي[٢٧٥/١] و" النثور في القواعد" للزركشي [٣١٧/٢] و" القواعد النورانية" لابن تيمية ص١٦٥و"قواعد الأحكام " للعز بن عبد السلام [٣/٢] و"مغني ذوي الأفهام"ص١٠٠ و"مجامع الحقائق" للخادمي ص٣٢٣ و"ايضاح المسلك" للونشريسي[ق/١٠٣]و"الفوئد البهية" ص١٩٥ و"مجلة الأحكام العدلية" [ق/٢٠/ م/٢١] و"المدخل الفقهي العام" للدكتور الزرقاء[ف/٦٠٠] و"المدخل" للكردي ص٦٤ و"علم أصول الفقه" لعبد الوهاب خلافص٢٠٨ و"الوجيز" للبرنو ص٢٣٤ و"القواعد" للندوي ص٣٠٨ و"المشقة تجلب التيسير، دراسة نظرية وتطبيقية" با حسين ٣٧٦ .

[2] انظر "مفردات الراغبي" ٢٩٤ و"تعريفات" الجرجاني ص١٢٣ و"مجلة الأحكام، شرح الأتاسي [٥٥/١] و"الوجيز" للبرنو ص٢٣٥

[3] مفردات الراغبي ص٢٩٤ و"تفسير المنار" للشيخ رشيد رضا [١٦٧/٦-١٦٨] و"نظرية الضرورة الشرعية" ص٦٧-٦٨ .

[4] "نظرية الضرورة الشرعية" ص٦٧-٦٨ .

وللضرورة المبيحة للحرام ضوابط تجب مراعاتها وهي:

١. وجود الضـــرورة حقيقة لا توهماً-أي لابد من خوف حقيقي من هلاك أو تلف للنفس أو المال أو العرض إن لم يرتكب المحرم أويترك المأمور.
٢. ألا يجد سبيلاً لدفع الضرورة إلا ارتكاب المحظور.
٣. أن ينضبط بمادئ الشرع عند دفع الضرورة .أي أن يعمل المنوع بقدر الضرورة
٤. أن يدفع الضرورة بالقدر المطلوب دون زيادة .[١]

يقول الإمام الشاطبي – محذراً من انتهاك محارم الله بدعوى الضرورة-: ستجاز بعضهم في مواطن يدّعي فيها الضـــرورة وإلجاء الحاجة بناء على أن الضـــرورات تبيح المحظورات، فيأخذ عند ذلك بما يتفق مع الغرض ويوافق الهوى الحاضر. ومجال الضرورات معلوم في الشريعة " إهـ

" تبيح المحظورات " الإباحة : لغة ضـد المنع وترد بمعنى الإظهار والإيضـاح ، ومنه قولهم: أباح سـره،-أي أظهره، وتأتي بمعنى الإذن [٢] .

وفي الاصـطلاح ما دل الدليل السـمعي على خطاب الشـارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل [٣]، وعرفه بعضــــهم بقوله:"ما ثبت من جهة الشــــرع أن لا ثواب في فعله ولا عقاب في تركه من حيث هو ترك على وجه ما"[٤]

ويقصد بالإباحة في هذه القاعدة ، رفع الاثم والمؤاخذة الأخروية في فعل الممنوع،- إن كان في حق الله تعالى-كأكل الميتة عند الضــرورة من جوع أو إكراه ملجئ، أما في حق العباد كأكل طعام الغير أو أخذ ماله من غير إذنه عند ضرورة ، والضرورة هنا ترفع الا ثم والمؤاخذة عن صاحب الضرورة دون أن تنفي صفة الفعل أو الضـمان، فالفعل يبقى حراما، والضـمان واجب على الفاعل . لأن الاضـطرار لا يبطل حق الغير، كما سيأتي بيانه . هذه القاعدة يمكن إدراجها تحت كل من قاعدتي " لا ضـرر ولا ضـرار"، و"المشقة تجلب التيســير" ولكن إدراجها تحت قاعدة " المشــقة تجلب التيســير" أولى ، لأنها أكثر صــلةً بها، إذ أن كلا من المشـقة والضـرورة ، يطلق على ما يطلق عليه الآخر وكلاهما يعتبر نوعاً من أنواع الحرج، والعسـر المسـتدعي

---

[١] انظر ضوابط المصلحة للبوطي ص٥٢ .
[٢] " الوسيط" د: وهبة الز حيلي [٧٦/١] .
[٣] الوجيز" للبرنو ص٢٣٥ .
[٤] انظر " شرح قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤" محمد صالح على ١٤٥/٢.

للتخفيف والتيسير على المكلف . قال العز بن عبد السلام-رحمه الله-:" الضرورات مناسبة لإباحة المحظورات جلباً لمصالحها، كما أن الجنايات مناسبة لإيجاب العقوبات درءاً لمفاسدها" اهـ[١]

أدلة هذه القاعدة:

دلت على اعتبار هذه القاعدة مجموعة من نصوص القرآن والسنة . منها: خمس آيات في القرآن الكريم تدل دليلا مباشراً لقاعدة الضرورة ، إحداها نص في ضرورة الجوع الملجئ وهي قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالأَزْلامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلامَ دِيناً فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [٢]. أما بقية الآيات الأربع رغم أنها تتحدث عن تناول الأطعمة المحرمة عند الضرورة، ولكن يفهم منها عموم إباحة المحظور في حالة الضرورة.
والآيات هي:

١. ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [٣].
٢. ﴿ قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾[٤] .
٣. ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [٥] .
٤. ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [٦].

ومن أمثلة أدلة السنة على هذه القاعدة : ما رواه الإمام احمد- رحمه الله- من حديث جابر بن سمرة – رضي الله عنه- " أن أهل بيت كانوا بالحرة محتاجين ، فماتت عندهم ناقة لهم أو لغيرهم ، فرخّص لهم

---

[١] " قواعد الأحكام في مصالح الأنام" ٩/٢ .
[٢] سورة المائدة الآية :٣ .
[٣] البقرة الآية:١٧٣.
[٤] الأنعام الآية ١٤٥.
[٥] النحل الآية : ١١٥.
[٦] الأنعام الآية :١١٩.

رسول الله – ﷺ – في أكلها " [1]. وكذلك ما رواه الإ ما م أحمد من حديث أبي واقد الليثي قال: قلت يا رسول الله إنا بأرض تصيبنا مخمصة ، فما يحل لنا من الميتة؟ فقال:" إذا لم تصطبحوا ولم تغتبقوا، ولم تحتفئوا بها بقلاً، فشأنكم بها" [2] ومعنى الحديث :إذا لم تجدوا ما تشربونه من لبن في أول النهار ولا في آخر النهار ولم تجدوا بقلة تأكلونها ،أُبيحت لكم الميتة" [3] فهذان الحديثان في إباحة الميتة عند الضرورة وهناك أحاديث في إباحة مال الغير بغير إذن صاحبه عند الضرورة . منها : ما رواه أصحاب السنن من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن النبي – ﷺ– سُئل عن الثمر المعلق؟ فقال:" من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة[4] فلا شئ عليه" قال الترمذي: حديث حسن وفي حالة الاضطرار للدفاع عن النفس وردت أحاديث منها: ما رواه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة – رضي الله عنه– قال : جاء رجل إلى رسول الله – ﷺ فقال: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: (فلا تعطه مالك) قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: (قاتله) قال: أرأيت إن قتلني؟ قال : (فأنت شهيد) . قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: (هو في النار النار) [5] قال العلماء :" فإن قتله فلا ضمان عليه، لعدم التعدي والحديث عام في قليل المال وكثيره [6] ومما يجوز للضرورة دفع الصائل ولو أدى إلى قتله. واتخاذ تدابير منع الحمل للحفاظ على صحة الأم وحياتها، كما يجوز إسقاط الجنين إذا أخبر الطبيب الثقة الحاذق بخطورة بقائه على حياة الأم وصحتها [7] .

٢. قاعدة الثانية : ما أبيح للضرورة يقد ر بقدرها . ٨

هذه القاعدة بمثابة التقييد لقاعدة" الضرورات تبيح المحظورات "

---

[1] مسند الإمام احمد ١٢/١٧.

[2] " الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد " للبنا ج/١٧/ ٨٣ طدار الحديث بالقاهرة .

[3] نفس المرجع .

[4] " الخبنة" معطف الإزار وطرف الثوب–أي لايأخذ منه في ثوبه– يقال: أخبن الرجل ،إذا خبّأ شيئاً في خبنة ثوبه أو سراويله .النهاية ط لابن الأثير ٩/٢ .

[5] صحيح مسلم ٢٤/١ كتاب الإيمان، باب٦٢ الحديث رقم ١٤٠.

[6] " نظرية الضرورة الشرعية" وهبة الز حيلي ص٦٤ .

[7] شرح القواعد للزرقاء ص٢٢١ والقانون الجنائي السوداني لسنة ١٩٩١م ، [م/١٣٥/أ] .

[8] "الأشباه والنظائر" للسيوطي ص٨٤ و"الأشباه والنظائر" لابن نجيم ص٨٦ و"الوجيز" للبرنو ص٢٣٩ ٠ و"المجلة" م/٢٢ و"شرح المجلة" للأتاسي ٥٦/١ و"قواعد الخادمي" ص٣٣١ و"المدخل الفقهي العام" للدكتور مصطفى الزرقاء فقرة ٦٠١ .

وفائدة هذه القاعدة ، التنبيه على أن ما تدعو إليه الضـــرورة من المحظورات إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب . إن اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع فيه، بل يقتصر منه على قدر ماتندفع به الضرورة فقط.[١]

ومن أدلة هذه القاعدة قوله تعالى:﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [٢]

وقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [٣]

قوله سـبحانه : ﴿ غَيْرَ بَاغٍ ﴾ أي غير ظالم لطلب الحرام لذاته، وإنما دفعه إلى طلبه الاضـطرار. وقوله : ﴿ وَلا عَادٍ ﴾ أي متجاوز حد الضـرورة في تناوله، فالذي يتقيد بهذين القيدين فلا إثم عليه في تناوله للمحرم، لأن إباحة الحرام هنا للضـرورة والضـرورة تقدر بقدرها [٤] . وهذا تنبيه للمؤمن عند اضطراره لتناول الحرام أن يكون حذراً وأن يراقب ربه حتى لا يتجاوز حدود الله ويعرض نفسه لمقت الله . فكم من الناس في زماننا هذا يستحل الحرام بأدنى الأسباب متذرعاً باسم الضـرورة كالقرض بالربا لبناء المسكن الفاخر أو التوسـع في التجارة أو الزراعة ، أو أو او، فعلى هؤلاء أن يتقوا الله وألاّ يحمّلوا النصـوص مالا تحتمل وألاّ يظلموا أنسـهم بانتهاك حرمات الله الذي يعرضـهم لعذابه ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَـهُ﴾[٥] ذكر بعض العلماء ضـوابط في تحقيق رغبات النفس – حتى لا يتجاوز المرء حدود الشـرع ، فقسموا هذه المتطلبات إلى خمس مراتب وهي: ضرورة وحاجة ومنفعة وزينة وفضول [٦] .

فالضـرورة: أن يبلغ الإنسـان حد الهلاك أو يقارب إن لم يتناول الحرام ،كا لمضـطر للأكل، فهذا يباح له الممنوع. والحاجة أن يكون الإنسان في حالة من الجهد والمشقة التي لاتصل إلى درجة الهلاك إذا لم يتناول الممنوع. هذا لا يباح له الحرام وإنما يرخص له ترك بعض الواجبات أو تأخيرها كالفطر في رمضان لمن كان هذا حاله، وفي مثل هذا تجاوز الشـرع عن بعض المعاملات التي فيها شـئ من الغرر كالمسـاقاة وبيع العرايا. أما المنفعة مثل ما يشـتهيه الإنسـان من الأطعمة الأسـاسـية كلحم الضـأن مثلاً . والزينة كطلب الإنسـان لبعض الكماليات ، كالفواكه والتوسـع في بناء الدور الفاخرة وشـراء السـيارات...إلخ فإذا كانت الحاجة لا تبيح الحرام فمن باب أولى مجرد المنفعة أو الزينة . أما الفضـول وهو التوسـع في الحرام عند الإذن للضرورة أي تجاوز حد الضرورة فيه. وهذا ما تقدم حكمه .

---

[١] "شرح القواعد " للزرقاء ص١٨٧ ،والمدخل الفقهي " للزرقاء ٩٩٦/٢ و"نظرية الضرورة الشرعية د: وهبة الزحيلي ص٢٤٥ .

[٢] البقرة الآية ١٧٣.

[٣] المائدة الآية ٣ .

[٤] أحكام القرآن لابن العربي المالكي بتصرف ١/ ٥٥ ط دار الفكر لبنان .

[٥] سورة الطلاق الآية[١] .

[٦] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر" للحموي ٢٧٦/١ و"شرح القواعد الكبرى" – السدلان ص٢٧٥ .

من تطبيقات هذه القاعدة:

١. أن الجائع المضطر لتناول الحرام من ميتة أو حق الآخرين ألاّ يتجاوز حد الضرورة.[١]

٢. من كان في حالة دفاع شرعي يجب عليه أن يدفع الخطر بقدر الضرورة وألا يستعمل من الوسائل إلا ما كان لابد منه .[٢]

٣. القاعدة الثالثة : " ما جاز لعذر بطل بزواله " ٣

هذه القاعدة بمثابة قيد ثان على قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " .

فما جاز فعله لعذر أو عارض طارئ يزول مشروعيته بزوال حال العذر[٤].

والفرق بين هذه القاعدة والتي قبلها "الضـرورة تقدر بقدرها" أن الأولى تبين ما يجب التقيد به أثناء وجود حالة الضرورة ، في تناول المنوع الذي أُبيح للضرورة ، بأن لا يتجاوز القدر الذي يدفع الضرورة ، أما هذه القاعدة " ماجا ز لعذر بطل بزواله" توضح ما يجب فعله إذا انتفى سبب إباحة الممنوع ، كالذي أبيح له أكل المحرم لضـرورة الجوع ، فإذا وجد ما يدفع به الجوع من الحلال الطيب، عاد عليه حكم تحريم الممنوع.[٥] لأن الأصل في الأحكام العزيمة وهي فعل المأمورات كوجوب الصوم بدخول وقته، وترك المنهيات كتحريم أكل الميتة المحرمة . وتأتي الرخص استثناء بمقتضياتها كترك الصوم عند وجوبه لعارض كمرض وسفر ، وإباحة أكل المحرم عند الاضطرار إليه، والرخص باعتبارها استثناء يجب ألا يتجاوز بها حد الضرورة كما تقدم وأن تترك متى ما انتهت أسبابها . والرجوع إلى الحكم الأصلي وهو العزيمة .

من تطبيقات هذه القاعدة:

١. لو أودع أحد عند آخر وديعة ولسبب طارئ كحريق في الدار سلم الوديعة لجاره وعند انتهاء الحريق تباطأ في استرجاع الوديعة من جاره حتى هلكت . فعليه الضمان.

٢. إذا استأجر أحد داراً فحصل بها عيب يمنع استيفاء المنفعة منها جاز له فسخ الإجارة، فإذا استطاع صاحب الدار إزالة العيب قبل الفسخ امتنع على المستأجر الفسخ[٦].

---

[١] الأشباه للسيوطي ص٨٦ وغمز عيون البصائر شرح أشباه ابن نجيم ١/٢٧٦ .

[٢] نظرية الضرورة الشرعية ص٢٥٠ .

[٣] الأشباه – للسيوطي ص٨٥، وأشباه ابن نجيم ص٨٦ ، ومجلة الأحكام العدلية م/٢٣ ، والوجيز للبرنو ص٢٤١، والسدلان ص٢٨١ .

[٤] نظرية الضرورة الشرعية ص٢٥٤ وشرح القواعد للزرقاء ص ١٨٩ وما بعدها.

[٥] الوجيز ص٢٤١.

[٦] شرح القواعد للزرقاء ص١٨٩-١٩٠ .

٤. القاعدة: " الاضطرار لا يبطل حق الغير" ١

صلة هذه القاعدة بقاعدة" المشقة تجلب التيسير" :

أن الأصـــل في الشـــريعة حرمة أموال الآخرين، ولا يجوز لأحد أن يأخذ مال غيره إلا بإذنه. وأن الأحكام الشرعية تتفاوت في مراتبها، فعند التزاحم يقدم الأهم ثم المهم.

فإذا تعرض الإنســان لضـرورة لو لم يزلها لأدى إلى هلاكه ، وليس أمامه إلا مال الغير ، يباح له هذا المال ، لأن حفظ النفس يقدم على حفظ المال، ولكن ما أبيح لعذر بطل بزواله.فعند زوال الضـــرورة يجب ضمان الحق لصاحبه. فالضرورة كما هو مقرر تنفي الإثم والمؤاخذة ولكن لا تنفي أصل الحكم وصفته .

وهذه القاعدة من مقيدات قاعدة " الضـــرورات تبيح المحظورات" فالضـــرورة التي أباحت حقوق الآخرين بغير إذنهم لا تسقط حقهم في الضمان

معنى القاعدة " الاضطرار": افتعال من الضرورة: وهو حمل الإنسان على ما يضره. والمقصود به هنا: الإجبار على فعل الممنوع " ٢

ينقســم الاضـطرار إلى نوعين : أحدهما ما كان قدرا ربانياً محضـا كالجوع .أي ما كان من داخل المرء والآخر ما كان خارجاً عنه أي الآتي من شـخص ما. فالنوع الأول أمره واضــح ، فمن اضـطر فيه وتناول الحرام لذاته كالميتة فلا حرج عليه،كما تقدم أما إن تناول بســببه حق الغير يرفع عنه الإثم والمؤاخذة مع حق الضمان لصاحب المال ،وهو موضوع هذه القاعدة. أما النوع الآخر من الاضطرار أي الخارجي وهو ينقسم إلى نوعين:

١. **الإكراه الملجئ وهو**: حمل الغير على أن يفعل مالا يرضــاه ولا يختار مباشـرته لو تُرك باختياره مثل التهديد بالقتل أو التهديد بقطع عضو من أعضائه أو بضرب شديد متوال يخشى منه ذهاب نفسه أو عضو من أعضائه .

٢. **إكراه غير ملجئ أو ناقص** : وهو التهديد بما لا يضـر كثيراً في النفس أو العضـو كالتهديد بالحبس أو القيد أو الضرب اليسير أو بإتلاف بعض ماله. وهذا التقسيم مما انفرد به أئمة الأحناف .

التعدي على حقوق الغير عموماً يوجب الإثم وعقوبة التعدي والضـمان ، فإذا كان هذا التعدي وقع اضــطراراً ، فيعفى المعتدي من الإثم والعقوبة باعتبار أن الاضــطرار يعد عذراً ، واختلف العلماء في ضــمان الشيء المستهلك حالة الضرورة، يرى الأحناف والشافعية ورواية عن الحنابلة وجوب الضمان على المضطر لما

---

[١] قواعد الخادمي ص٣٣١ والمجلة م/٢٣ وقواعد ابن رجب ص١٢٧و٢٨٧ والمدخل الفقهي الزرقاء فقرة ٦٠٢.

[٢] القاموس الفقهي لغة واصـطلاحا ص٢٢٢-٢٢٣ وشـرح القواعد للزرقاء والوجيز ص٢٤٤ وشـرح القواعد الكبرى –السـدلان ص٢٧٨-٢٧٩

أستهلكه من مال الغير في حال الاضطرار ، إن كان مثلياً فبالمثل وإن كان قيميًا فبالقيمة ، سواء قدر على البدل في الحال أم كان عاجزاً عنه ، لأن الذمم تقوم مقام الأعيان . واستثنوا من ذلك حالة المفازة والبحر ونحوهما ،فإنه يجب عليه في هذا الحال القيمة فقط حتى ولو كان المستهلك مثلياً [١] وللحنابلة رواية أخرى مفادها :أن المضطر إذا أخذه قهراً لا يضمن و إ ن أعطاه صاحب المال برضاه يضمن ما لم يكن متصدقاً به[٢] وفرق شيخ الإسلام ابن تيمية بين الغني والفقير من المضطر، فقال: " إن الفقير لا يجوز أخذ العوض منه بخلاف الغني فإن الواجب معاوضته فقط" [٣] وللمالكية قولان أشهرهما وأرجحهما وجوب الضمان . قال القرافي رحمه الله في توضيح علة وجوب الضمان على المضطر لما استهلكه من مال الغير حال الاضطرار: " إذن صاحب المال لم يوجد وإنما وجد إذن صاحب الشرع وهو لا يوجب سقوط الضمان ، وإنما ينفي الإثم والمؤاخذة بالعقاب ،أما إذن المالك فيسقط الضمان " [٤] وقال بن عبد البر النمري القرطبي المالكي:" ومن وجد ميتة ومالا لغيره لم يحل له أكل الميتة إلا أن يخشى أن تقطع يده فإن لم يخف ذلك أكل من مال غيره وضمنه إذا أيسر ، وقد قيل : لاضمان عليه فيما اضطر إليه والصواب وجوب الضمان . اهـ[٥]

وقال القاضي عبد الوهابي المالكي البغدادي "إذا اضطر إلى طعام الغير ولا عوض معه في الحال أخذه بعوض في ذمته ، خلافاً لمن قال يأخذه بغير عوض ، لأن ذمة الإنسان تجري مجرى عين ماله" [٦] ويتضح بعد استعراض هذه المذاهب وحججها أن الراجح عند جمهور أهل العلم من كل المذاهب وجوب الضمان. ما تقدم في هذه الأقوال إذا ما كان الاضطرار سببه أمر سماوي أي ما كان من داخل الإنسان كالجوع الشديد.

أما إذا كان الاضطرار ملجئا أي بسبب قهر وإجبار من أحد فعلى من الضمان؟ هنا أقوال مختلفة وكثيرة خلاصتها وأرجحها : إذا كان الإكراه تاما على ما تقدم ذكره، فالضمان على المكره[بكسر الراء] أي الذي قام بإجبار الآخر على أخذ مال الغير،أما إذا كان الإكراه ناقصا فالضمان على المكر

---

[١] رد المحتار لابن عابدين وإعلام الموقعين ٢٥/٢

[٢] نفس المصادر .

[٣] الاختيارات الفقهية ص١١٩.

[٤] الجامع لأحكام القرآن القرطبي المجلد الأول ج/٢ ص١٥٣ ط الخمسة ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م دار الكتب العلمية بيروت لبنان. والقوانين الفقهية لابن جزي ص ١٧٣ .

[٥] الكافي في فقه أهل المدينة المالكي- لابن عبد البر ط دار الكتب العلمية – بيروت –لبنان ص١٨٨.

[٦] الإشراف على مسائل الخلاف ٢٥٨/٢ .

٥. القاعدة الخامسة والسادسة: إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق ١ .

هاتان القاعدتان متقابلتان ، فالثانية قيد على الأولى . أما علاقة هاتين القاعدتين بقاعدة" المشقة تجلب التيسير" فواضحة حيث تفيد الأولى نفس معنى القاعة الأصلية، أي أنه إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو للجماعة أو طرأ ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي المشروع للحالات العادية مرهقا لهم حتى يجعلهم في ضيق ومشقة، فإنه يخفف عنهم حتى يمكنهم القيام به، مادامت الضرورة قائمة، أما القاعدة الثانية مفادها أن هذه الضرورة التي من أجلها جاء التسهيل والتخفيف إذا انتفت وجب الرجوع إلى الحكم الأصلي[٢].

وقد جمع الإمام الغزالي[٣] بين القاعدتين في قوله:" كلما جاوز الأمر حده انعكس ضده"[٤]

أما أدلة هاتين القاعدتين في الكتاب والسنة كثيرة. من أوضحها :

قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوّاً مُبِيناً (١٠١) وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَدَّ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَذىً مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَاباً مُهِيناً (١٠٢) فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلاةَ فَاذْكُرُوا اللَّهَ قِيَاماً وَقُعُوداً وَعَلَى جُنُوبِكُمْ فَإِذَا اطْمَأْنَنْتُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلاةَ إِنَّ الصَّلاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَاباً مَوْقُوتاً ﴾ [٥]هذه الآيات

---

١ "إذا ضاق الأمر اتسع " من قول الإمام الشافعي في كتابه الأم ذكره الحموي في غمز عيون البصائر ٢٧٣/١ أما القاعدة الثانية "إذا اتسع الأمر ضاق" ذكرها السيوطي في أشباهه ص٨٣ وابن نجيم في أشباهه ص٨٤ والمجلة م/١٨ القاعدة الأولى فقط والمدخل الفقهي للزرقاء فقرة ٥٩٩ .

٢ انظر القواعد الفقهية للندوي ٣٥٦-٣٥٧ .

٣ والغزالي هو: الإمام أبو حامد محمد ابن محمد بن محمد بن أحمد الغزالي ، الملقب بحجة الإسلام ، زين الدين الطوسي ، الفقيه الشافعي ، ولد بطوس عام ٤٥٠هـ، لم يكن في الطائفة الشافعية في عصره مثله ، كان من عجائب الدهر في الذكاء ، لازم إمام الحرمين أبي المعالي الجويني ، وكان يفتخر به ودرّس في النظامية ببغداد ثم رجع دمشق ثم ذهب إلبيت المقدس وعقد حلقات العلم واجتهد في العبادة والزهد ثم انتقل إلى الأسكندرية ثم عاد إلى وطنه طوس وتفي عام٥٠٥هـ ، له مؤلفات نافعة في الأصول والفروع منها الوسيط والبسيط والوجيز والمستصفى والنخول وغيرها ومن آخر كتبه إحياء علوم الدين ، الذي كثر الخلاف حوله بين مجل له ونتقد وهوعموماً من أعظم الكتب في الرقائق والتربية غير أنه جمع أحاديث كثيرة فيها الصحيح والضعيف والموضوع ، وذكر عنه أنه قال: أنا مزجاة البضاعة في الحديث وعزم آخر عمره على حفظ الحديث فأعجلته النية – رحمه الله- انظر البداية والنهاية لابن كثير ١٨٨/١٢ ط١٣٩٨هـ- ١٩٧٨م ووفيات الأعيان لابن خلكان ٤/ ٢١٦-٢١٧ ،ط دار الثقافة – بيروت –لبنان .

٤ الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٣ نقلا عن إحياء علوم الدين للغزالي .

٥ سورة النساء الآيات : ١٠١:١٠٣ .

الثلاث فيها الدليل على القاعدتين، حيث أن الله شـرع في الآيتين الأوليين قصـر الصـلاة تيسـيراً على المسافرين المقاتلين– ثم صار قصر الصلاة سنة كل مسافر– وشرعت صلاة الخوف بالكيفيات المختلفة حسب ظروف القتال حتى جاز للمقاتل أن يصلي كيفما استطاع ولو إلى غير القبلة بل له أن يصلى وهو يضارب ويطارد العدو، هكذا عندما ضاق الأمر وسع الله على عباده بهذا الترخيص والاستدلال بهما على القاعدة الأولى واضح أما الآية الثالثة :هي دليل القاعدة الثانية"وإذا اتسع ضاق" ﴿فَإِذَا اطْمَأْنَنْتُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلاةَ﴾ أي إذا ذهبت أسباب الخوف، أدوا الصلاة المشروعة للأوقات العادية . [1]

واستدل العلماء على القاعدتين بعدة نصوص من السنة ،منها: ما أخرجه مسلم في صحيحه من حديث عائشة وجابر بن عبد الله وأبي سعيد وسلمة بن الأكوع وثوبان وبريدة :– رضي الله عنهم– " دفّ[2] أهل أبيات من أهل البادية حضرة الأضحى[3] زمن رسول الله – ﷺ – فقال رسول الله – ﷺ – : ادّخروا ثلاثاً ثم تصدقوا بما بقي ، فلما كان بعد ذلك ، قالوا يا رسول الله إن الناس يتخذون الأ سقية من ضحاياهم ، ويجملون منها الودك[4] ، فقال: وما ذاك؟ قالوا نهيت أن تُؤكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ، فقال: إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت ، فكلوا وادخروا وتصدقوا"[5] وكذا رواه أبو داود [6]

في نهي النبي – ﷺ – ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث لما كان ببعض الناس حاجة وضيق، فلما اتسع الأمر وصلح الحال أذن لهم بالعودة إلى أصل الحكم من إباحة الأكل والادخار كيفما شاءوا .

من تطبيقات هذه القاعدة مشروعية إنظار المعسر حتى الميسرة ، وإذا لم يقدر على إيفاء الدين جملة واحدة يُقسط عليه ، ومنها الأعذار الموجبة لفسخ الإجارة دفعاً للضرر، ومنها جواز الإجارة على الطاعات كإمامة الصلاة والأذان حتى لا تتعطل هذه الشعائر إن لم يوجد من يقوم بها تطوعاً ، ومنها سائر الرخص المبيحة لتناول الممنوع أو ترك المطلوب، أو تأخيره عن وقته .

٦. القاعدة السابعة : الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة ٧

---

[1] انظر تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤٨٩/١ ط ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م المكتبة العصرية –بيروت لبنان.

[2] دفّ – أي أقبلوا.

[3] وقت حضور الأضحى. انظر السدلان – شرح القواعد ص٢٦٨ .

[4] جملت الودك إذا أذبته والودك الشحم . النهاية لابن الأثير ٢٩٨/١ ط:دار إحياء السنة بمصر .

[5] صحيح مسلم ١٢٨/١٤ ط٢ ١٣٩٢هـ، ١٩٧٢م دار إحياء التراث العربي – لبنان .

[6] سنن أبي داود ٩٩/٣ برقم ٢٨١٢ –مكتبة الرياض الحديثة .

[7] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٧ ولابن نجيم ص٩١ والمجلة ق/٣٧ والمدخل الفقهي العام للزرقاء فقرة ٦٠٣ والوجيز ص٢٤٢ وقواعد السدلان ص٢٨٦ و"المشقة تجلب التيسير" باحسين ص٣٩١ وقد وردت هذه القاعدة بصيغ متعددة منها: " حاجة الناس تجري مجرى الضرورة – ابن القيم –بدائع الفوائد ٤/ ٥١

المراد بالحاجة هنا: ما كان دون الضـــــرورة، لأن مراتب ما يحرص الشــــرع على توفيره لحفظ حياة الإنسان ودفع الحرج عنه وإسعاده في الدنيا والآخرة ثلاث:

الأولى: **الضرورة**: وهي بلوغ الإنسان حداً من الاضطرار إذا لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك. وهذا أبيح له تناول الحرام كما سبق بيانه .

الثانية : **الحاجة** وهي بلوغ المرء حداً من الضيق والمشقة إذا لم يتناول الممنوع أصابه الحرج والضيق الشديد ، غير أن ما به لا يؤدي إلى الهلاك، فهذا لا يباح له ما نُصّ على تحريمه ، ولكن يشرع له رخص ومندوحات بالخروج على بعض القواعد العامة التي تحرم مثل ما أبيح للحاجة كبعض العقود المتضـمنة للغرر أو الجهالة ، مثل عقد الاستصناع وبيع العرايا .

الثالثة: **الكمالية أوالتحسـينية** .وهي ما يقصـد من فعله نوع من التوسـع والترفه . وما عدا ذلك وهو زينة وفضول ، دون الخروج على حدود الشرع [1]

شـرح مفردات القاعدة: الحاجة:لغة ما تكون حياة الإنسـان دونها عسـيرة شـديدة. وتجمع على – حاج وحاجات وحوائج [2] .

واصـطلاحاً : ما يفتقر إليها من حيث التوسـعة ورفع الضـيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشـقة اللاحقة بفوت المصلحة ، فإذا لم تراع دخل على المكلفين – على الجملة- الحرج والمشقة [3] .

وتنقســـم الحاجة إلى عامة وخاصـــة : فالعامة ما كان حاجة للأمة على ســـبيل العموم كالإجارة والخاصة ما كانت لفئة من الناس، كالصناع .

ومعنى القاعدة : إن التيسـيرات الشـرعية الاسـتثنائية لا تقتصـر على الضـرورات فقط ، وإنما تشـمل حاجات الأمة وفئاتها لدفع الحرج ورفع المشقة. فقول الفقهاء: الحاجة تنزل منزلة الضـرورة " معناه إن الحاجة عامة كانت أو خاصــة تؤثر في تغيير الأحكام مثل الضــرورة من إباحة المحظور وترك الواجب وغير ذلك مما يستثنى من القواعد الأصلية [4]

" الحاجة العامة تتزل منزلة الضرورة الخاصة- الأشباه والنظائر- لابن الوكيل ٢/٣٧٠

" الحاجة العامة تتزل منزلة الضرورة في آحاد الناس للزركشي –المنثور في القواعد ٢/٢٤

" قد تقوم الحاجة مقام المشقة في حال النظر المحرم لولا تلك الحاجة" مختصر قواعد العلائي لابن الخطيب ٤/ ٤١١ .

[1] الوجيز للبرنو ص٢٤٢ بتصر ف .

[2] المصباح المنير ١/١٨٧ ومعجم لغة الفقهاء ص١٧١.

[3] الموافقات للشاطبي ٢/١١،١٠ ط مكتبة الرياض الحديثة – الرياض والموسوعة الفقهية ١٦/ ٢٦١-٢٦٢ .

[4] أثر العرف في التشريع الإسلامي ص٤٦٩-٤٧٠ والموسوعة الفقهية ١٦/ ٢٥٦ .

مواطن الاتفاق والاختلاف بين الضرورة والحاجة :

١. تتفق الحاجة مع الضـــــرورة في أن كلا منهما يؤثر في تغيير الحكم فيبيح المحظور مؤقتا – أحياناً– ويجيز ترك الواجب ويخالف النص الحاظر

٢. إن الحاجة كالضرورة تقدر بقدرها ، فما شرع من الأحكام تخفيفاً وترخيصاً بسبب الأعذار الطارئة يباح بالقدر الذي تندفع به الحاجة [1]

أما مواطن الاختلاف بينهما :

١. أن الضـرورة أشـد باعثاً من الحاجة ، فالضـرورة مبنية على فعل ما لابد منه للتخلص من المسئولية ، ولا يسع الإنسان تركه ،أما الحاجة فمبناها على التسهيل والتوسع فيما يسع الإنسان تركه[2] .

٢. إن الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضـرورة هو إباحة مؤقتة لمحظور بنص الشـريعة، تنتهي هذه الإباحة بزوال الاضـطرار وتختص بالشـخص المضـطر، أما الأحكام التي تثبت بناء على الحاجة فهي لا تصادم نصاً صريحا لكنها تخالف القواعد والقياس ، وهي مشروعة للمحتاج ولغير المحتاج [3] .

٣. إن الضــرورة تبيح المحظور ســواء أكان الاضــطرار حاصــلا للفرد أم للجماعة بخلاف الحاجة فإنها لا توجب التدابير الاســـــتثنائية من الأحكام العامة إلا إذا كانت حاجة الجماعة ، ذلك لأن لكل فرد حاجات متجددة ومختلفة عن غيره ولا يمكن أن يكون لكل فرد تشـــريع خاص به بخلاف الضــــرورة فإنها نادرة وقاسرة [4]

أنواع الحاجة بالنظر إلى التشريع نوعان :

١. حاجة لاحظها الشارع في ابتداء التشريع، فشرع لها أحكاما ترفع الحرج عن العباد وإن جاءت مخالفة للقواعد الأصلية والقياس في التشريع كما سيأتي.

٢. حاجة تطرأ لأعذار وأسباب مؤقتة كالضرورة، وتقدر بقدرها ، وتنتهي الإباحة فيها بانتهاء أسبابها .

شروط اعتبار الحاجة :

ضـبط العلماء الحاجة المعتبرة شـرعاً بشـروط محددة حتى لا تكون للأهواء والآراء المجردة مدخلا في التشريع. وهذه الشروط:هي

---

[1] قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/٤، ١٤١ وهامش فروق القرافي ٢/ ١٣٩.

[2] نظرية الضرورة الشرعية د:وهبة الزحيلي ٥٥-٥٦ .

[3] المدخل الفقهي – الزرقاء ٢/٩٩٨-٩٩٩ فقرة ٦٠٣ .

[4] نفس المرجع الذي قبله .

١. ألاّ يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال [١]

فالضروريات أعلى رتب المقاصد وتعتبر أصلا لما عداها من الحاجيات والتحسينيات التي تعتبر مكملة للأصل ومن شرط اعتبار الأدنى ألاّ يعود على الأصل بالإبطال .

فأصل البيع مثلا ضروري ومنع الغرر والجهالة فيه مكمل ، فلو اشترط نفي الغرر جملة لا نحسم باب البيع .- ولذا يتسامح في كثير من البيوع بنوع من الغرر.-

٢. أن تكون الحاجة قائمة لا متوقعة ، بأن تكون سبب الحاجة موجوداً فعلا لا متوقعاً، ولذا اشترط العلماء جواز قصر الصلاة للمسافر بعد الشروع في السفر لا بمجرد النية [٢].

٣. ألا يكون الأخذ بمقتضى الحاجة مخالفاً لقصد الشارع . قال الإمام الشاطبي- رحمه الله- : " قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع : والشريعة موضوعة لمصالح العباد والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع "[٣] وعلى ذلك لا يجوز مخالفة ما ورد به الشرع في العقود التي أُبيحت للحاجة تيسيراً وتسهيلاً لمصالح العباد ، فالإجارة مثلاً شرعت لحاجة الناس- إلى منافع لا يمكن الحصول عليها كالمراكب والمساكن وغيرها — فيجب اجتناب عقود الإجارة فيما نهى عنه الشرع من المنافع كالغناء والزمر[٤] .

بعض الأمثلة التطبيقية على ما تجري فيه الحاجة في باب المعاملات:

هناك مجموعة من العقود أجازها الشرع استثناء من القواعد العامة على خلاف القياس لحاجة الناس إليها كالسلم والإجارة والوصية والجعالة والحوالة والكفالة والصلح والمضاربة والقرض وبيع العرايا ونحو ذلك .

" فالسلم " عقد على معدوم وقت العقد وبيع الشئ المعدوم باطل ومنهي عنه كما في حديث حكيم بن حزام-رضي الله عنه- " لاتبع ما ليس عندك " [٥] إلا أنه رُخّص- في السلم لحاجة الناس إليه —

---

[١] الموافقات للإمام الشاطبي ٢/ ١٣-١٦ والموسوعة الفقهية ١٦/ ٢٥٢ .

[٢] السدلان –شرح القواعد الكبرى ص٢٩٠-٢٩١ .

[٣] الموافقات للشاطبي ٢/٣٣١ .

[٤] الفروق للقرافي ٤/ ٨ و المغني لابن قدامة ٥/ ٥٥٠ .

[٥] من حديث حكيم بن حزام الترمذي ٤/ ٢٢٨ برقم١٢٣٢ وأبوداود برقم٣٥٠٣ والنسائي –البيوع باب بيع ماليس عند البائع وأصل الحديث في البخاري من حديث ابن عباس –رضي الله عنهما- برقم ٢١٣٥،٢١٣٦ بلفظ "نهى النبي –ﷺ- عن بيع الطعام قبل أن يحوزه البائع٠٠إلخ وقال ابن عباس وما أرى كل شئ إلا أنه مثل الطعام٠وقال الحافظ ابن حجر في الفتح:" النهي عن بيع ماليس عندك أخرجه أصحاب السننمن حديث حكيم بن حزام. فتح الباري ٤/٥٠٠ ط١ ١٤٠٧هـ-١٩٨٦م.

بحديث ابن عباس – رضي الله عنهما- " من أسلف في شيئ فليسلف في كيل معلوم.." [1] وكذا الإجارة والجعالة والحوالة والكفالة والمضاربة والقرض...إلخ والصلح إنقاص للحق في الغالب فيه أكل لأموال الناس بالباطل الذي نهى عنه الشرع ولكن أُجيز لمصلحة أعظم وهي الإصلاح بين الناس ولأن رد بعض الحقوق أفضل من ضياع جميعها وخاصة صلح الإنكار. تطبيقاً لقاعدة " الميسور لا يبطل بالمعسور" ومالا يدرك كله لا يترك جله .

قال الإمام ابن قيم الجوزية " إنه يباح من ربا الفضل ما تدعو الحاجة إليه "كالعرايا" وهي بيع الرطب بالتمر ، فإنما حرم سداً للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد.

وهذا البيع في الحقيقة مشتمل على الربا ، لأن الرطب والتمر من جنس واحد أحدهم أزيد من الآخر قطعاً للينته ، فهو أزيد أجزاء من الآخر زيادة لا يمكن فصلها وتمييزها ولا يمكن أ ن يجعل في مقابله تلك الأجزاء من الرطب ، مما يتساويان به عند الكمال إذ هو ظن وحسبان فكان المنع من بيع أحدهما بالآخر محض القياس لو لم تأت به سنة فقد روى البخاري ومسلم عن زيد بن ثابت – رضي الله عنه- " أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخر صها كيلاً "[2] اهـ[3] ، ومما شُرع استجابة لحاجة العباد بيوع الخيار ، فالأصل في العقود أن تكون لازمة لا يجوز فسخها ، ولكن ربما وقع ظلم على أحد العاقدين أو يتبين له بعد التجربة ما لم يكن يعلمه في المعقود،وغير هذا من الأسباب أباح الشرع عقود الخيار.

ومما أباحه الشرع للحاجة بيع الثمار المتلاحقة الظهور مع أن ما لم يظهر عند البيع معدوم ، والأصل المنع في بيع المعدوم ، وأجيز عقد الاستصناع كأن يقول الشخص للمقاول ابن لي في هذه القطعة عمارة بكذا[4]

وخلاصة القول: أنه يجوز كل عقد أو تصرف على مجهول أو معدوم، قضت به حاجة الناس ، ومثل ذلك كثير من المعاملات وضروب الشركات التي تحدث بين الناس وتقتضيها تجارتهم، فإنه إذا قام البرهان الصحيح، ودل الاستقراء التام على أن نوعاً من هذه العقود أو التصرفات صار حاجياً للناس بحيث ينالهم الحرج والضيق إذا حرم عليهم التعامل، به . أُبيح لهم قدر ما يرفع الحرج عنهم ولو كان محظوراً ، لما فيه من الربا أو شبهته، بناء على أن الحاجات تبيح المحظورات وتقدر بقدرها كالضرو

---

[1] البخاري من حديث ابن عباس –رضي الله عنهما- برقم ٢٢٢٣٩ وأطرافه ٢٢٢٤٠، ٢٢٢٤١، ٢٢٢٥٣.

[2] صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ١٩٠/٤، وصحيح مسلم ٣/برقم ١١٦٩ .

[3] إعلام الموقعين ١٤٠/٢، ٣١٣.

[4] السدلان – القواعد ٢٩٤ وقانون المعاملات المدنية السوداني عقد المقاولة المواد من ٢٦٦إلى ٢٧٦ .

الفصل الثالث

" قاعدة اليقين لا يزول بالشك" [1]

فيه مبحثان:

المبحث الأول: شرح القاعدة وبيان أدلتها وأصولها.

مدخل:

هذه القاعدة أصل شرعي عظيم، عليها مدار كثير من الأحكام الفقهية، وتدخل في جميع أبواب الشرع، من عقائد وشعائر وشرائع، وأخلاق، بل كثير من قواعد الفقه وقواعد الأصول منبثقة عنها كما ستتضح من خلال بيان مسائلها.

ونظراً لسعة مدار هذه القاعدة وكثرة فروعها من قواعد وتطبيقات، قيل عنها: أنها تتضمن ثلاثة أرباع الفقه وأكثر[2] .

معنى مفردات القاعدة: قال الجوهري: "اليقين" لغة هو:العلم وزوال الشك: منه يقنت الأمر يقناً وأيقنت واستيقنت وتيقنت. كله بمعنى واحد اهـ[3]

وقال ابن منظور: " اليقين" العلم وإزاحة الشك وتحقيق الأمر واليقين ضد الشك والشك نقيض اليقين [4] وقال الشريف الجرجاني :" اليقين " في أصل اللغة بمعنى الاستقرار، يقال: يقن الماء في الحوض ، إذا استقر[5] وقال أبو البقاء في الكليات هو عبارة عن العلم المستقر في القلب لثبوته من سبب تيقن له بحيث لا يقبل الانهدام [6] واليقين من صفة العلم فوق المعرفة والدراية . يقال: علم اليقين. ولا يقال: معرفة اليقين[7] وليس اليقين في أصل اللغة مما ثلا للعلم وإن قيل : تجوزاً اليقين هو العلم الذي لا يتردد معه .

---

[1] انظر رسالة الأصول للكرخي ص١٦١ وتأسيس النظر للدبوسي ص١٧ ومختصر قواعد للعلائي ٠لابن الخطيب ١٧٦/١ وقواعد الأحكام للعز بن السلام ٥١/٢ والمنثور في القواعد للزركشي ٢٨٦/٢ والأشباه والنظائر لابن السبكي ١٣/١ والأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٦ والأشباه لابن النجيم ص٥٦ والمحلى على جمع الجوامع –حاشية البناني ٣٥٦/٢ وغمز عيون البصائر للحموي ١٩٣/١ ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢١/ ٣٢٥، ٥٢٠ ٥٣٢، وج٢٢/ ١٢٢ وخاتمة مجامع الحقائق للخادمي ص٣١٤ والمجلة ق٣ والمدخل الفقهي العام د: الزرقاء فقرة ٥٧٤ والقواعد والأصول الجامعة للشيخ السعدي ص٤٤ والقواعد الفقهية للندوي ص٣٥٤ ط٤ والقواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين – عبد المجيد جمعة الجزائري ص٢٧٢ ط١ ١٤٢١هـ وأصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص٩٢ وشرح القواعد الكبرى للسدلان ص٩٧ ط٢ .

[2] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٦ .

[3] الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري مادة "يقن" .

[4] لسان العرب لابن منظور ط بيروت دار صادر ١٩٥٦م ١٣/ ٤٥٧ " مادة –يقن" .

[5] التعريفات ص٨٢ مادة " يقن" .

[6] الكليات لأبي البقاء العبكري – القسم الخامس ص١١٦ –انظر قواعد الندوي ص٣٥٨ .

[7] المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص٥٥٢ .

فالعلم اعتقاد الشيء على ما هو به على سبيل الثقة ، واليقين هو سكون النفس وثلج الصدر بما علم ، ولهذا لا يوصف الله باليقين. وقيل: الموقن العالم بالشيء بعد حيرة وشك ، فيقولون: شك ويقين ، وقلّما يقال: شك وعلم [1] ولا يشترط في تحقيق اليقين الاعتراف والتصديق بل قد يوجد اليقين من غير اعتراف، قال تعالى: ﴿ وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنْفُسُهُمْ ظُلْماً وَعُلُوّاً ﴾ [2] والشك نقيض اليقين وهو الاتصال واللزوق[3] وقال الحموي : الشك لغة مطلق التردد[4] وفي اصطلاح الأصول: استواء طرفي الشئ وهو الوقوف بين الشيئين بحيث لا يميل القلب إلى أحدهما ، وإن ترجح ولم يطرح الآخر وهو ظن فإن طرحه فهو غالب الظن ، وهو بمنزلة اليقين وإن لم يترجح فهو وهم .

رتب بعض العلماء المدركات العقلية على النحو التالى :

١. **اليقين:** وهو جزم القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعي.
٢. **الاعتقاد:** وهو جزم القلب من غير استناد إلى الدليل القطعي كاعتقاد العامي.
٣. **الظن:** وهو تجويز أمرين أحدهما أقوى من الآخر دون طرح الآخر فإن طرحه فهو غالب الظن .
٤. **الشك** : وهو تجويز أمرين لا مزية لأحدهما على الآخر .
٥. **الوهم:** وهو تجويز أمرين أحدهما أضعف من الآخر مع إدراك الجانب المرجوح[5]

ومما يجدر التنبيه إليه : أن ترتيب المدركات في القضايا الشرعية بحسب إدراك المكلفين لا من أصل الشرع .قال الإمام ابن قيم الجوزية: "و ينبغي أن يُعلم أنه ليس في الشريعة شئ مشكوك فيه البتة وإنما يعرض الشك للمكلف بتعارض إمارتين فصاعداً عنده فتصير المسألة مشكوكاً فيها بالنسبة إليه ، فهي شكية عنده، وربما تكون ظنية لغيره أو له في وقت آخر، وتكون قطعية عند آخرين، فكون المسألة ظنية أو شكية ليس وصفاً ثابتاً لها، بل هو أمر يعرض لها عند إضافتها إلى حكم المكلف اهـ[6] .

واليقين في الاصطلاح الشرعي: حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشئ أو عدم وقوعه. والشك في اصطلاح الشرع: تردد الفعل من الوقوع وعدمه دون ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر[7] والتعريف الذي أختاره: أن اليقين في هذه القاعدة : هو الاستصحاب لما تيقن في الماضي. وهو الأصل . وأطلق

---

[1] الفنون في اللغة بنقل الندوي في قواعده ص٣٥٨ .

[2] سورة النمل الآية ١٤ .

[3] قواعد الندوي ص٣٥٩ .

[4] انظر غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٨٤ .

[5] رد المحتار ٢٤٧/١ والوجيز للبرنو ص١٦٩ .

[6] بدائع الفوائد – لابن القيم ١٧١/٣ .

[7] شرح مجلة الأحكام العدلية – على حيدر ص٢١ .

عليه اليقين مجازاً . والشك: هو التردد الطارئ بعد حصول اليقين. فهو المتعين فهمه هنا لاستحالة تصور اجتماع اليقين والشك معاً . وعموماً ينبغي فهم اليقين هنا بمعنى الاستقرار ، كما ذكر الجرجاني في تعريفاته[1] خلافاً لمفهوم علماء المعقول الذين يرون اليقين : بأنه الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت . فخرج بقولهم" الجازم" الظن وغلبة الظن . وخرج بقولهم: " المطابق للواقع " الجهل وإن كان صاحبه جازماً كما خرج بقولهم:" الثابت" اعتقاد المقلد فيما كان صواباً. لأن اعتقاده لما لم يكن عن دليل كان عرضة للزوال . فكل ذلك ليس من اليقين في شئ. فالمناسب أن يعرف اليقين كما تقدم بالاستقرار ، لأن أغلب الأحكام الفقهية مبناه الظاهر ، فكثيراً ما يكون الأمر في نظر الشرع يقيناً لا يزول بالشك في حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه، وذلك أن الأمر الثابت بالبينة الشرعية فإنه في نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان ، مع أن شهادة الشهود لا تخرج عن كونها خبر آحاد يجيز العقل فيها السهو والكذب وهذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقيناً لأنه لقوة ضعفه قد طرح أمام قوة مقابله ولم يبق له اعتبار في نظر الناظر[2] وقد يفهم من أقوال بعض العلماء أن الشك والظن بمعنى واحد كما أشار إلى ذلك الإمام النووي – رحمه الله- بقوله:" اعلم أن مراد الفقهاء بالشك في الماء والحدث ... التردد بين وجود الشئ وعدمه سواء كان الطرفان في التردد سواء أو أحدهما راجحاً، فهذا معناه في استعمال الفقهاء في كتب الفقه وأما أصحاب الأصول ففرقوا بينهما. فقالوا: التردد بين الطرفين إن كان على السواء فهو شك، وإلا فالراجح ظن والمرجوح وهم اهـ[3]

وذهب العلامة ابن نجيم الحنفي إلى ما ذهب إليه الإمام النووي . حيث يقول في أشباهه: " ... إن كان الظن عند الفقهاء من قبيل الشك ، لأنهم يريدون به التردد بين وجود الشئ وعدمه سواء استويا أو ترجح أحدهما . اهـ[4]

وقد تعقب الزركشي كلام النووي – رحمهما الله- بما يدل على أن ما ذكره الإمام النووي ليس على إطلاقه في جميع المسائل ، حيث يقول: " الشك في اللغة مطلق التردد وفي اصطلاح الأصوليين : تساوي الطرفين فإن رجح كان ظناً والمرجوح وهماً . أما عند الفقهاء فزعم النووي أنه كاللغة في سائر الأبواب ، لا فرق بين المساوي والراجح . وهذا إنما قالوه في الأحداث ، وقد فرقوا في مواضع كثيرة بينهما " اهـ[5] ، كما

---

[1] تقدم تخريجه .

[2] انظر شرح القواعد للشيخ أحمد الزرقاء ص٧٩ .

[3] المجموع شرح المهذب ١/ ٢٢٣ .

[4] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٣ .

[5] المنثور في القواعد ٢/ ٢٥٥ .

تعقب الحموي ابن نجيم في شـرحه للأشـباه والنظائر" بقوله: "ولا ينبغي الجزم بأنه عند الفقهاء مطلقاً من قبيل الشك لئلا يتوهم ترك استعماله بمعنى الطرف الراجح أصلا فتأمل" [1]

والخلاصة أن الفقهاء لم يلتزموا في القضية بمصطلح واحد لم يخرجوا عليه، فقد استعملوا الظن بمعنى الشـك في مواضـع كثيرة كما أنهم استعملوه أحياناً بمعنى الظن الغالب- وإنما يفرق بين هذه الاستعمالات عندهم من سياق الكلام في كل موضع[2] .

المعنى الاصطلاحي للقاعدة:

إن الأمر المتيقن ثبوته لا يرتفع إلا بدليل قاطع ، ولا يحكم بزواله بمجرد الشـك. وكذلك الأمر المتيقن عدم ثبوته لا يحكم بثبوته بمجرد الشك،لأن لشك أضعف من اليقين فلا يعارضه ثبوتاً وعدماً وقال الدكتور الزرقاء في تعريف القاعدة: " إذا ثبت أمر من الأمور ثبوتاً يقينياً قطعياً — وجوداً أ وعدماً- ثم وقع الشـك في وجود ما يزيله ، يبقى المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السـبب المزيل . اهـ[3] فالتعريف ظاهر عموماً ومن خلال التطبيقات سيتضح أكثر .

أدلة هذه القاعدة :

ذكر العلماء أدلة كثيرة من القرآن والسنة في تأصيل هذه القاعدة ، فإليك بعض هذه الأدلة:

١. قال تعالى: ﴿ وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلا ظَنّاً إِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَـيْئاً ﴾[4] قال الإمام ابن جرير الطبري[5] — رحمه الله- :" إن الشـك لا يغني من الحق شـيئاً ، ولا يقوم في شـيء مقامه ولا ينتفع به حيث يُحتاج إلى يقين " [6] والظن المذكور في الآية :هو التخمين والحدس في وجود شركاء لله تعالى في مقابل اليقين المنافي للشـريك ، وليس معنى الظن هنا ما يقصـده الفقهاء ، وإنما هو مجرد التوهم الذي لا يسنده عقل ولا نقل ومن السنة:

---

[1] انظر شرح المجلة – للأتاسي ١٨/١ .

[2] انظر المدخل الفقهي العام للزرقاء فقرة ٩٦١ والوجيز للبرنو ص١٦٩ .

[3] المجموع شرح المهذب ٢٢٣/١ .

[4] سورة يونس الآية ٣٦ .

[5] هو: محمد بن جرير الطبري الإمام العلم المجتهد ، أبو جعفر ،رأس المفسـرين على الإطلاق ، وأحد الأئمة ، أصـله من طربستان ولد بها سنة ٢٢٤هـ ومات بها عشية يوم الأحدليومين بقيا من شوال سنة ٣١٠هـ ، وله تصانيف عظيمة ، منها: تفسـيره المشـهور الذي لم يؤلف مثله ، بل كل من فسـر بعده اعتمد عليه اعتماداً كبيراً ولا سـيما في باب التفسـير بالمأثور. انظر سـير أعلام النبلاء للإمام الذهبي ١٤/ ٢٦٧- ٢٨٦ وطبقات المفسـرين للداودي ٢/ ١٠٦- ١١٤ برقم٤٦٨ وطبقات المفسرين للسيوطي رقم٩٣ .

[6] جامع البيان في تأويل آي القرآن للطبري ٨٢/١١ ،ط دار المعرفة – بيروت لبنان .

٢. قوله ﷺ : (إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيئ أم لا ؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً) [١]

قال الإمام النووي –رحمه الله- :" وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه ، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك ، ولا يضر الشك الطارئ عليها" [٢]

٣. في الصحيحين من حديث عبد الله بن زيد[٣] –رضي الله عنه- شُكي إلى النبي ﷺ الرجل يُخيّل إليه أنه يجد الشيئ في الصلاة . قال:(لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً) [٤]

٤. روى مسلم في صحيحيه من حديث أبي سعيد الخدري[٥] –رضي الله عنه- قال قال رسول الله ﷺ : (إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم) [٦]

قال الإمام ابن عبد البر –رحمه الله- – في حديث عبد الله بن زيد: " في هذا الحديث من الفقه أصل عظيم جسيم مطرد في أكثر الأحكام، وهو أن اليقين لا يزيله الشك ، وأن الشيئ مبني على أصله المعروف حتى يزيله يقين لاشك معه، وذلك أن الأصل في الظهر أنها فرض بيقين أربع ركعات ، فإذا أحرم بها لزمه إتمامها . وشك في ذلك فالواجب الذي قد ثبت عليه بيقين لا يخرجه منه إلا بيقين ، فإنه قد أدى ما وجب عليه من ذلك"[٧] وذكر نفس المعنى عند شرحه حديث ذي اليدين ،[حين سلم النبي ﷺ في إحدى صلاتي العشي من ركعتين ناسياً....الحديث][٨] والأدلة على اعتبار هذه القاعدة لا تحصى، والعلماء

---

[١] صحيح مسلم –كتاب الوضوء – باب الذي يخيل ليه يجد الشيئ في الصلاة .

[٢] شرح صحيح مسلم للنووي ٤/ ٤٩، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث.

[٣] هو: عبد الله بن زيد بن عاصم الأنصاري المازني أبو محمد ، أُختلف في شهوده بدراً ، قتل يوم الحرة بالمدينة المنورة سنة ٦٣هـ . انظر الإصابة ٦/ ٩٠-٩١ قوله:"يجد الشيئ" أي يشك في خروج الريح. النووي في المرجع السابق .

[٤] البخاري في باب الوضوء برقم ١٣٧ ومسلم في باب الحيض برقم ٣٦١ .

[٥] أبو سعيد الخدري:هو مالك بن سنان بن عبيد الأنصاري الخزرجي ، مشهور بكنيته ، روى الكثير عن النبي – ﷺ- كما روى عن كبار الصحابة علماً كثيراً ، كان من فضلاء الصحابة وفقهائهم ، أُختلف في سنة وفاته قيل سنة ٧٤ وقيل ٦٤ هـ وقيل غير ذلك. انظر الإصابة ٤/١٦٥ وما بعدها .

[٦] صحيح مسلم بشرح النووي ٤/ ٥٠ .

[٧] انظر التمهيد ٥/ ٢٥.

[٨] نفس المرجع السابق ١/ ٣٤٢ .

مجمعون على اعتبار هذه القاعدة والتنويه بشـأنها. قال العلامة ابن دقيق العيد[١] – رحمه الله– : "كأن العلماء متفقون على هذه القاعدة ، ولكنهم يختلفون في كيفية استعمالها "[٢]

وقال العلامة شـهاب الدين القرافي – رحمه الله– : " هذه القاعدة مجمع عليها وهي: أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه"[٣] وقد تقدم كلام الإمامين السيوطي والنووي في شأن هذه القاعدة وأهميتها . ومن حيث العقل فإن اليقين أقوى من الشـك ، لأن في اليقين حكماً جازماً ولا ينهدم بالشك [٤]

فائدة : استدل جمهور الفقهاء بحديث عبد الله بن زيد أن من تيقن الطهارة وشك في الحدث فهو على وضوئه[٥] إلا المالكية منعوا الصلاة مع الشك في بقاء الطهارة وحجتهم أن ترتيب الصلاة في الذمة أصل ثابت بيقين ولا يمكن الخروج من هذا اليقين وبرآة الذمة من عهدته إلا بطهارة متيقنة . قال القرافي : " شغل الذمة بالصلاة متيقن يحتاج إلى سبب مبرئ، والشك في الشرط يوجب الشك في المشروط فيقع الشك في الصلاة الواقعة بالطهارة المشكوك فيها وهي السبب المبرئ والمشكوك فيه ملغىً فبقي شغل الذمة "اهـ[٦]

وقال الحطاب في شرح مختصر خليل: الشك في الحدث إنما يوجب الوضوء لأن الصلاة في الذمة بيقين فلا يبرأ منها إلا بالإتيان بها بيقين ، والطهارة شرط فيها والشك في حصول الشرط يوجب الشك في محصول المشروط " [٧] وأكد ذلك الشيخ الدردير في الشرح الصغير هذا المعنى[٨] .

فالمالكية لم يردوا القاعدة، كما زعم البعض وإنما تبين لهم أن هناك تعارض بين أصلين: أصل الطهارة وأصل وجوب إبراء الذمة من الصلاة، فترجح عندهم أصل إبراء الذمة من عهدة الصلاة، لأنه أقوى وأولى. فالصلاة أصل والطهارة شرط فيها، فالغاية أو من الوسيلة. وهم قد أخذوا بظاهر حديث

---

[١] هو الإمام الفقيه المجتهد المحدث الحافظ العلامة شيخ الإسلام تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري ، المنفلوطي المالكي الشافعي صاحب التصانيف ، ولد في شعبان سنة ٦٢٥هـ بقرب ينبع بالحجاز ومات في صفر سنة ٧٠٢هـ – انظر طبقات الحفاظ للسيوطي ط١ ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م برقم ١١٣٤ والبدر الطالع للإمام الشوكاني ٢/ ٢٢٩ –٢٣٢ رقم ٤٨٧ .

[٢] إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ٧٨/١ .

[٣] الفروق١١١/١.

[٤] المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقاء ٢/ ٩٦٧ .

[٥] انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٧ ورد المحتار لابن عابدين ١٥٠/١ وروضة الطالبين للنووي ٧٧/١ وكشاف القناع للبهوتي ورسائل الإمام أحمد لأبي داود ص١٢ والمحلى لابن حزم ٧٩/٢ رقم ٢١١ .

[٦] الذخيرة للقرافي ١/ ٢١٢–٢١٣٠ .

[٧] شرح الحطاب على مختصر خليل –فصل في نواقض الوضوء٢٩٤/١،،ط: طرابس مكتبة النجاح.

[٨] الشرح الصغير ١/ ١٤٧–١٤٨.

عبدالله بن زيد في الصلاة وقالوا من شك بخروج شيئ وهو في الصلاة لا يخرج منها إلا بيقين. ومذهبهم هنا أرجح وفيه الخروج من الخلاف. فالعلماء متفقون على صحة صلاة من أعاد الوضوء من الشك ، واختلفوا في صحة صلاة من صلى بوضوء طرأ عليه الشك. فالذي اتفقوا عليه أولى من الذي اختلفوا فيه.

تقدم أن هذه القاعدة من أوسـع القواعد الفقهية وأكثرها فروعاً ومسـائل وذلك في سـائر أبواب الشـريعة. وبما أن موضـوع هذا البحث هو قواعد المعاملات سـأكتفي بذكر ماله صـلة بهذا البحث مع توضيح تطبيقاتها ببعض الأمثلة . وهذه القواعد هي:

١. الأصل بقاء ما كان على ما كان .
٢. القديم يترك على قدمه .
٣. الضرر لا يكون قديماً.
٤. الأصل برآة الذمة .
٥. الأصل في الصفات العارضة العدم .
٦. ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه.
٧. الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته .
٨. الأصل في الكلام الحقيقة.
٩. لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح.
١٠. لا ينسب إلى ساكت قول .
١١. لا عبرة بالتوهم.
١٢. لا عبرة بالظن البين خطؤه .
١٣. لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل .

١. قاعدة " الأصل بقاء ما كان على ما كان " [١]

معنى القاعدة: أن ما ثبت على حال في الزمان الماضي – ثبوتاً أو نفياً – يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل بتغييره [٢] . ويسمى هذا الأصل : الاستصحاب ، قال الإمام الونشريسي- رحمه الله- الأصل بقاء ما كان على ما كان وهو المسمى في العرف الأصولي باستصحاب الحال، وهو أصل من أصول الشريعة ، تدور عليه مسائل وفروع " اهـ[٣] ومعنى الاستصحاب في اللغة : الملازمة وعدم المفارقة[٤] أي اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما مستمرة في سائر الأوقات حتى يتبين انقطاعها أو تبدلها[٥] فلو ادعى المقترض دفع ما عليه من دين إلى المقرض أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع أو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر ، وأنكر كل من هؤلاء ، كان القول قولهم بأيمانهم ، لأن ذمم المدعين هؤلاء مشغولة بحقوق ثابتة عليهم بيقين، ما لم يثبت كل منهم برآة ذمته مما وجب عليه [٦]

والاستصحاب عند الفقهاء : هو لزوم حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان العقد المملك. وكشغل ذمة المتلف عند وقوع الإتلاف، وذمة المديون عند مشاهدة استدانته [٧].

مسألة: اختلف العلماء في موجب الاستصحاب.هل هو الدفع دون الاستحقاق أم لهما جميعاً؟ ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الاستصحاب موجب للدفع دون الاستحقاق.أي أن الاستصحاب يمنع خروج الحق من صاحبه ولا يكسبه حقاً جديداً ، فمثلا المفقود يستصحب حياته لمدة يغلب على الظن موته فيها. وفي هذه المدة لا يحكم بموته وبالتالي لا يورث ماله ولا ترد وديعته ، ولا تُنفذ وصيته ، ولكنه لا يرث ما لو مات من يرثه[٨] وعند الشافعية وبعض الأحناف يجوز عندهم الاستصحاب للدفع والاستحقاق، والحنابلة كالشافعية غير أنهم يقفون حق المفقود في الميراث حتى يتبين أمره[٩] .

---

[١] انظر الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ١٤ والأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٦ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٧ ومختصر قواعد العلائي لابن الخطيب ١٧٦/١ وإيضاح المسالك للونشريسي ق ١٤٤ص ١١٤ والقواعد النورانية لابن تيمية ص٢٥-٢٦ وجامع الحقائق للخادمي ص٣١١ والمجلة ق/٤ م/٥ والمدخل الفقهي للزرقاء فقرة ٥٧٥ والمدخل الفقهي للكردي ص٤٧ الأصول الجامعة للسعدي ص٤٠ والوجيز للبرنو ص١٧٢ وقواعد الندوي ٤٥٣ وعلم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص٩٢ .

[٢] مجلة الأحكام العدلية م/٥-شرح على حيد ر ١/ ٢١ .

[٣] انظر قواعد الندوي ٤٥٣٠ .

[٤] الوجيز للبرنو ص ١٧٢ .

[٥] المدخل الفقهي للزرقاء ٣/ ٩٦٨ م/ رقم ٥٧٥ .

[٦] نفس الصدر السابق .

[٧] انظر إعلام الموقعين لابن القيم ٣٣٩/١ والمستصفى للغزالي ١٢٨/١.

[٨] الوسيط للزحيلي ص٤٧٤-٤٧٥ .

[٩] الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري ٥/ ٥٩٠ وما بعدها ط القاهرة – مطبعة العاصمة.

أنواع الاستصحاب نوعان:

١. جعل الأمر الثابت في الماضي مستصحباً للحال. كالأمثلة السابقة ، وهو متفق عليه بين الفقهاء .

٢. جعل الأمر الثابت للحال مستصحباً ومنسحباً للماضي. ويسمى الاستصحاب المعكوس، وهو يعمل عند الأحناف والشافعية. مثل ما لو كان للابن الغائب مال عند أبيه فأنفق الأب منه على نفسه ثم اختلفا فقال الأب أنفقته وأنا معسر. وقال الابن بل أنفقته وأنت موسر، فينظر إلى حال الأب وقت الخصومة فيحكم بها [١]

ويستثنى من هذه القاعدة:

١. أن كل أمين ادعى رد الأمانة إلى مستحقها ، فالقول قوله بيمينه، خلافاً لأصل القاعدة لأن ذمة الأمين كانت مشغولة بالأمانة تيقناً ، فحسب القاعدة كان عليه أن يثبت برآة ذمته بيقين .

٢. أن من لا تُعرف الحقيقة إلا منه ، فالقول قوله في برآة ذمته ، كما لو ادعت امرأة –تعتد بالحيض- انتهاء عدتها في مدة تحتمل صُدقت في قولها، لأنها لو لم تُصدق في دعواها لما ثبت مضي عدتها أصلاً [٢] .

٢. قاعدة: " القديم يترك على قدمه " [٣]

ويقصد بالقديم هنا للذي لا يُعرف أوله [٤] ويدخل في هذه القاعدة القدم المكسب للحقوق واسقاطها كما هو مفصل في فقه المذاهب .

معنى القاعدة : أن المتنازع فيه إذا كان قديماً تراعى فيه حالته التي هو عليها من القديم بلا زيادة ، ولا نقص ، ولا تغيير ولا تحويل[٥] كحق المرور في الطريق الخاص، وحق ارتفا ق العقار وإجراء الماء في أرض الغير . إذا كانت هذه الأمور قديمة بحيث لا يعرف أحد من الحاضرين مبدأ حدوثه ، ولا يجوز لصاحب الأرض أن يمنع مرور صاحب الدار أو الماء ، إذا كانت بالصفة المذكورة، ويبقى القديم على قدمه ، إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان لغلبة الظن بالمسلمين بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي[٦] ولا يسوغ رفع الشئ الثابت من أساسه ، كما قال الإمام أبو يوسف – رحمه الله-:" ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا

---

[١] شرح القواعد للزرقاء ص٨٩ م/٥ .

[٢] نفس المرجع ص٩٣ .

[٣] المجلة [م/٦] وقواعد الخادمي ص٣٢٦ والمدخل الفقهي للزرقاء فقرة ٥٩٦ وقوعد الندوي ص٤١٢ والوجيز للبرنو ص١٨٧.

[٤] الماد ١١٦ من المجلة .

[٥] شرح القواعد للشيخ الزرقاءص٩٥ .

[٦] فتاوى الخيرية – خير الدين الرملي – فصل الحيطان ٢٠٤/٢ وانظر قواعد الندوي ص٤١٢ .

بحق ثابت معروف"[1] وإذا كان لا يجوز للإمام فمن باب أولى لا يجوز لغيره، وقال الشـــيخ أحمد الدردير – رحمه الله– وعلى هذا الأســاس يســوّغ للقاضــي أن يقضــي على الجار بســد كوة –أي طاقة– حدثت ، وأشـرفت على الجار ، وأما القديمة فلا يقضـى بسـدها"[2] ولا يجوز للمرتفق أن يغير شـيئاً مما كان إلا بإذن صاحب الأرض[3].

فلو كان لأحد جناح في داره ممدود على أرض الغير ، أو كان لداره مســيل ماء أو أقذار في أرض الغير ، أو كان له ممر إلى داره مثلاً في أرض الغير ، وكان ذلك الجناح أو المسيل أو الممر قديماً لايعرف أحد من الحاضرين مبدأ حدوثه، فأراد صاحب الأرض أن يمنع صاحب الدار من مد الجناح أو التسييل أو المرور في أرضه، أو أراد أن يحول المسيل أو الممر ويغيره عن حاله القديم فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه [4]

٣. قاعدة " الضرر لا يكون قديماً " [5]

معنى هذه القاعدة : أن الضرر قديمه كحديثه في الحكم من حيث وجوب إزالته.

وهذه القاعدة قيد لما قبلها – فالقاعدة الســابقة أمرت بترك القديم على ما هو عليه من غير تغيير ، وهذه اسـتثنت منها ما كان ضـاراً حتى ولو كان قديماً فإنه يُزال. فالقاعدة الأولى وضـعت بمظنة أن ما كان من القديم ما وضـع إلا بوجه شـرعي ، أما الضـرر فلا يقره الشـرع. وهذا مسـلك الاعتدال والاتزان الذي انتهجه الفقه الإسلامي في سائر القضايا ، فلاشك أن الشرع خول حق التصرف للمالك في خالص ملكه كما يشـاء ، ولكن ذلك بشـرط أن لا ينشـأ منه التعدي والضـرر الفاحش . ومن ثم إذا أفضـى القديم إلى ضـرر فاحش مهما كان قدمه يُرفع ولا عبرة بقدمه ، كما تؤكد على ذلك قواعد رفع الحرج وضـوابط الحسـبة في التشريع ، فالأصل في هذا الباب:" أن من تصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً بيناً يمنع منه وإلا فلا "[6]

فالضرر القديم ينقسم إلى قسمين:

١. ضرر عام.

٢. ضرر خاص.

---

[1] كتاب الخراج –فصـل موات الأرض في الصـلح والعنوة وغيرهما ص٧١ط٤– المطبعة السـلفية القاهرة وانظر قواعد الندوي ص٤١٣ .

[2] الشرح الصغير، فصل في أشياء يقضى بها عند التنازع٣/٤٨٤.

[3] شرح القواعد للزرقاء ص٩٥ .

[4] مجلة الأحكام العدلية المواد ١٢٢٤و ١٢٢٥و١٢٢٩ وانظر شرح القواعد للشيخ الزرقاء ص٩٥ .

[5] المجلة م/٧ .

[6] القواعد الفقهية للندوي ص٤١٣ .

فالعام يزال مطلقاً سواء كان ضرراً فاحشاً أو لم يكن ، كمسيل ماء في طريق عام يضر بالمارين أو بناء بارزٍ وطيءٍ يضر بالمارة ، فيجب إزالة هذا الضرر مهما كان قديماً[1] أما الضرر الخاص إن كان فاحشاً كأن يكون لدار مسيل ماء يضر بجدار الدار المجاورة فيؤدي إلى وهن الجدار وسقوطه، وجب إزالته .

أما إذا كان ضرراً يسيراً محتملاً فيترك على قدمه[2] .

مسألة: في حد الضرر الفاحش يقول الشيخ أحمد الزرقاء : " إن كل ما يمكن أن يستحق على الغير بوجه من الوجوه الشرعية فهو ليس بضرر فاحش ، فتجب حينئذ مراعاة قدمه إذا كان قديماً، ومالا يمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي فهو ضرر فاحش ، ويرفع مهما كان قديماً"اهـ[3] من أمثلته:

١. " ما يكون سبباً لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء.

٢. " حجب الضوء والهواء عن الجار يعد ضرراً فاحشاً فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء يسد به نوافذ جاره يمنع الضوء عنه وإلا جاز للجار أن يطلب هدم البناء دفعاً للضرر" ولعل هذا التعريف للضرر الفاحش مأخوذ من مجلة الأحكام العد لية حيث عرفت الضرر الفاحش في المادة ١١٩٩ بقولها :"كل ما يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، أو يضر بالبناء ويوهنه " ولكن شارح قواعد المجلة الشيخ الزرقاء انتقد هذا التعريف بقوله : أنه غير مفيد في تمييز الفاحش من غيره الفائدة المطلوبة، لأن الحوائج الأصلية كلمة مجملة تتنازع فيها الأفهام وتتخالف في تحديدها....إلخ[4]

٤. قاعدة " الأصل برآة الذمة" ٥

هذه القاعد الجليلة مأخوذة من قوله ﷺ فيما رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما من حديث عبد الله بن عباس – رضي الله عنها– :أن النبي – ﷺ – قال : (لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)[6] ويقصد بهذه القاعدة أن كل من يتمسك بخلاف

[1] مجلة الأحكام العدلية المواد ١٢١٤و١٢٢٤ وشرح القواعد للشيخ أحمد الزرقاء ص١٠١-٤/١٠٤/ شرح القواعد للزرقاء ص ١٠٣

[2] انظر الواد ١٢١٤و١٢٢٤ من المجلة وشر القواعد للشيخ الزرقاء ص١٠٢ .

[3] نفس المرجع ص١٠٣ .

[4] شرح القواعد للزرقاء ص١٠٣ .

[5] الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٨١/١ والأشباه – للسيوطي ٥٩ والأشباه لابن نجيم ص٥٩ وأصول الكرخي ص١٦١-١٦٢ وتنقيح الفصول للقرافي ص٤٥٣-٤٥٤ ومجامع الحقائق للخادمي ص٣١٢ والمجلة م/٨ وشرح القواعد للزرقاء ص١٠٥ والمدخل للدكتور الزرقاء فقرة/٧٥ وعلم أصول الفقه –خلاف ص٩٥ والمدخل الفقهي للكردي ص ٤٨والوجيز للبرنو ص١٨٧ وقواعد إعلام الموقعين ص٢٨١ والسدلان –شرح القواعد ص١٢٠.

[6] أخرجه البخاري في التفسير من سورة آل عمران –باب ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً ﴾ برقم ٤٥٥٢ ومسلم في الأقضية –باب اليمين على المدعى عليه– قرم ١٧١١ وأبو دود في الأقضية –باب اليمين على المدعى عليه برقم٣٢١٩ والنسائي في آداب القضاة – باب عظة الحاكم على اليمين برقم ٥٤٤٠ والترمذي في الأحكام – باب إن البينة على المدعي برقم١٣٤٢ بلفظ" البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" وأشار إلى ضعف الحديث وقال : وعليه

الظاهر ويريد إثبات أمر عارض ، فهو مدع وعليه البينة، لأنه مثبت، وكل متمسك بالأصل منكر للأمر، فهو مدعى عليه ، فعليه اليمين ، لأنه ناف ولا سبيل لإقامة البينة على النفي [1]

معنى مفردات القاعدة: " الأصل وهو الذي يبني عليه غيره، والمراد به هنا : القاعدة المستمرة." الذمة" العهد والأمان والكفالة ، كالذمامة والذم ، إذ أن نقض العهد موجب للذم[2] أما الذمة عند الفقهاء : هى النفس والذات التي لها عهد ، والمراد بها هنا : أهلية الإنسان لتحمل عهدة ما يجري بينه وبين غيره من العقود والتصرفات[3] و"البرآة" الخلو من العيب والمكروه [4].

والمعنى الفقهي للقاعدة: القاعدة المستمرة أن الإنسان برئ الذمة من وجوب شئ أو لزومه ، وكونه مشغول الذمة خلاف الأصل ، لأن المرء يولد خالياً من كل دين أو التزام أو مسئولية ، وكل ما يشغل الذمة بأسباب طارئة ، والأصل في الأمور العارضة العدم[5] لذلك لم يقبل في شغل الذمة شاهد واحد ما لم يعضد بآخر– أو يمين المدعي ولذا كان القول للمدعى عليه بيمينه ، لأنه متمسك بالأصل. قال الكرخي –رحمه الله-:" الأصل أن من ساعده الظاهر فالقول قوله ، والبينة على من يدعي خلاف الظاهر"[6]

من أمثلة القاعدة :

أ. من ادعى على غيره ديناً أو التزاماً مهما كان سببه من عقد أو إتلاف أو أي سبب آخر من أسباب الضمان، فعليه إثبات ذلك إذا أنكر الخصم ، لأن الخصم متمسك بحالة أصلية وهي برآة الذمة ، فيكون ظاهر الحال شاهداً ما لم يثبت خلافه[7].

ب. لو اختلف المدعي والمدعى عليه في قيمة المتلف ، حيث تجب قيمته على متلفه، كالمستعير والغاصب والمودع والمعتدي ، فالقول قول الغارم ، لأن الأصل برآة ذمته من الزيادة [8] . والأمثلة في قانون

العمل. والمقصود بالضعف في حديثه الجزء الأول منه ، أما الجزء الأخير لاخلاف في صحته ، كما هو واضح من رواية أصحاب الصحاح • وروى ابن ماجه الحديث بلفظ" البينة على المدعي واليمين على من أنكر" برقم ٢٣٢١ وأشار المحقق إلى ضعفه .

[1] انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر م/٧٦-٧٧ والسدلان ص١٢٠.

[2] القاموس الفقهي ص١٣٨ والوجيز للبرنو ص١٧٩.

[3] نفس المرجع

[4] نفس المرجع

[5] شرح المجلة للأتاسي ص٢٥-٢٦ والمدخل للزرقاء ٩٧٠/٢ .

[6] أصول الكرخي ص١١٠ وانظر الوجيز للبرنو ص١٨٠.

[7] المدخل الفقهي العام للزرقاء ٩٧٠/٢ الفقرة ٥٧٨ .

[8] انظر قواعد السعدي ص١٢٢.

المعاملات السـوداني كثيرة جداً ، بل يعتبر كل المواد التي عالجت المسـئولية التقصـيرية أمثلة تطبيقية لهذه القاعدة[1].

٥. قاعدة" الأصل في الصفات العارضة العد م "[2]

قال ابن نجيم : " الأصل في الصفات العارضة العد م كما أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك "[3]

صفات الأشياء نوعان :

أ. **صفات أصلية** : وهي ما كان الأصل فيها الوجود في الموصوف ابتداء مثل كون العقد صحيحاً ، والمبيع سليماً من العيوب .

ب. **صفات عارضة** : وهي صفات الأصل فيها العد م في الموصوف ابتداء مثل بطلان العقد وكون المبيع معيباً .

بعض الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة :

١. لو اشترى شخص سيارة وبعد استلامها ادعى بها عيباً قديماً ، فأنكر ذلك البائع ، فالقول قول البائع بيمينه، لأن الأصل في المبيع السلامة والعيب صفة عارضة، والأصل في الصفات العارضة العدم إلا ببينة.

٢. إذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه، فقال رب المال ربحت . وقال المضارب لم أربح شيئاً . فالقول قول المضارب بيمينه، لأن الأصل عدم الربح، وإنما الربح صفة عارضة، والأصل فيها العدم.

٣. لو تبايع اثنان ، فادعى أحدهما أنه اشترط لنفسه الخيار لمدة، وأراد فسخ البيع وأنكر الآخر الخيار، فالقول قول منكر الخيار. لأن الأصل في البيع الإمضاء والبت ، والخيار صفة عارضة .

استثنآت:

استثنى الفقهاء بعض المسائل من هذه القاعدة منها:

---

[1] انظر شرح قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م لمحمد صالح على ٢/٤٠ وما بعدها.

[2] الأشـباه والنظائر للسـيوطي ٥٧ والأشـباه والنظائر لابن نجيم ص٦٢ ، وقواعد الخادمي ص٣١٢ والمجلة م/٩ والمدخل الفقهي للزرقاء الفقرة٥٧٧ وشرح المجلة للأتاسي ص٢٧ والبرنو-الوجيز ص١٨٤ والسدلان -شرح القواعد الكبرى ص١٤١ .

[3] الأشبه لابن نجيم ص٦٣ .

١. لو أراد الواهب الرجوع في هبته وادعى الموهوب له هلاك الموهوب، فالقول قوله بلا يمين، فكان حسب القاعدة أنه مدع خلاف الأصل ، فكان عليه البينة لأنه ادعى أمراً يملك استئنافه–أي أنه ينكر وجوب الرد على الواهب ،فأصبح شبيهاً بالمستودع الذي يدعي برآة الذمة [١].

٢. لو طلبت الزوجة نفقة أبنائها الصغار بعد أن فرضها القاضي، فادعى الأب أنه أنفق عليهم فالقول قوله مع اليمين مع أن الأصل عدم الإنفاق[٢].

٣. لو جاء المضارب بمبلغ وقال: هو أصل وربح، وقال رب المال هو أصل كله، فالقول قول المضارب، مع أن الأصل عدم الربح.والأمثلة كثيرة[٣]

٦. قاعدة ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم دليل على خلافه" ٤

هذه القاعدة شبيهة بقاعدة " الأصل بقاء ما كان على ما كان " ومسائلها الاستصحاب الذي تقدم ذكره مع تطبيقاته. وهي من قواعد الإثبات في المعاملات.

٧. قاعدة " الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته "٥

أو " الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن "

معنى القاعدة : إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر نسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال ، ما لم تثبت نسبته إلى الزمن البعيد[٦]

مناسبة اندراج هذه القاعدة تحت قاعدة " اليقين لا يزول بالشك "؟

كثيراً ما تختلف أحكام الحوادث ، ونتائجها باختلاف تاريخ حدوثها ، فعند التنازع في تاريخ الحادث يُحمل على الوقت الأقرب إلى الحال حتى يثبت الأبعد، لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه ، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك ، فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن وفي الأبعد مشكوك فيضاف الحادث إلى أقرب أوقاته عملا بقاعدة " اليقين لا يزول بالشك "[٧]

---

[١] شرح القواعد للزرقاء ص١٢٠ والوجيز للبرنو ص١٨٦ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ص٣٣ .

[٢] شرح القواعد للزرقاء ص١٢٠ .

[٣] نفس الصدر والسدلان ص١٤٥-١٤٦ والوجيز للبرنو ص١٨٦ .

[٤] المجلة م/١٠.

[٥] النثور للزركشي ١٧٤/١ والأشباه للسيوطي ص٥٩ والأشباه لابن نجيم ص٦٤ والمجلة م/١١ والوجيز للبرنو ص١٨٧ وقواعد الندوي ص٣٩١ .

[٦] شرح القواعد للزرقاء ص١٢٥.

[٧] المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى أحمد الزرقاء /الفقرة ٥٧٩ .

من الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة:

١. لو تبين في المبيع عيب بعد قبضه وجاء المشتري ليرد المبيع بدعوى أن هذا العيب كان موجوداً عند البائع، وقال البائع: بل حدث العيب عندك، وكان العيب مما يمكن حدوث مثله في هذا الزمن الذي يدعيه البائع ، فالقول قوله، لأنه نسب الحادث إلى أقرب أوقاته والبينة على المشتري .

٢. إذا ادعى المحجور عليه أو وصيه أن البيع الذي وقع منه كان بعد الحجر عليه وطلب بذلك فسخ البيع وادعى المشتري أن البيع كان قبل الحجر ، فالقول قول المحجور عليه لإضافته الحادث إلى أقرب أوقاته، ما لم يأت المشتري ببينة على دعواه[١] .

٣. لو قال الوكيل بالبيع بعد عزله : بعت وسلمت قبل العزل ، وقال موكله :إنك بعت وسلمت بعد العزل ، وكان المبيع قائماً فالقول قول الموكل لأنه يضيف التصرف إلى أقرب أوقاته، إذا وقع الخلاف بعد استهلاك المبيع فالقول للوكيل، وتكون المسألة من مستثنيات القاعدة[٢].

٤. لو أقر إنسان لأحد ورثته بعين أو دين ثم مات، فاختلف المقر له مع بقية الورثة، فقال المقر له: أقر لي في حال صحته وقال الورثة: بل أقر لك في مرضه الذي مات منه، فالقول قول الورثة [٣] .

اشترط الفقهاء لاعتبار هذه القاعدة بأن لا تؤدي إلى نقض ما هو ثابت — أي القواعد الثابتة، كقاعدة " الأصل برآة الذمة– ولذا استثنوا مجموعة من المسائل التي كان يمكن إدراجها تحت هذه القاعدة نظراً لأنها تؤدي إلى نقض ما هو ثابت، منها:

٥. لو ادعى الأجير على الحفظ أن العين المعقود عليها هلكت بعد انتهاء مدة العقد،– ليستحق بذلك الأجر كاملاً– وقال المستأجر، بل هلكت قبل تمام المدة فالقول قول المستأجر بيمينه . لأن الأصل برآة ذمة المستأجر من الأجرة إلا بقدر المدة التي قام فيها المؤجر بالحفظ ، فما زاد عن مدة قيامه بالحفظ مشكوك فيه، فإذا قضي للمؤجر وفق قاعدة " إضافة الأمر إلى أقرب أوقاته "كان إشغالاً لذمة المستأجر بما لم يثبت، فهذا يتعارض مع قاعة" الأصل برآة الذمة" وعند التعارض يقدم القاعدة الأقوى، وهي برآة الذمة .

ما تقدم في المثال الثالث من أمثلة هذه القاعدة في قضية الوكيل[٤].

---

[١] انظر شرح القواعد للزرقاء ص١٢٦ ومابعدها وقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م المواد ٥١، ٥٨،٥٩، ٦٠ .

[٢] شرح القواعد للزرقاء ص٢٧ .

[٣] النثور في القواعد للزركشي ١/ ١٧٤ ومابعدها وشرح القواعد للزرقاء ص١٢٧.

[٤] أشباه ابن نجيم ص٦٥ والمدخل الفقهي العام للدكتور الزرقاء ٩٧٢/٢ وشرح القواعد للزرقاء ص١٢٨–١٢٩ .

لو اشترى إنسان شيئاً ثم جاء ليرده على البائع بخيار الرؤية ، فقال البائع له: إنك رضيت بالمبيع بعدما رأيته فسقط خيارك، وقال المشتري ، رضيت به قبل أن أراه فلم يسقط خياري . فالقول للمشتري – خلافاً لقاعدة " إضـــافة الحادث إلى أقرب أوقاته، لأن العمل بهذه القاعدة هنا يبرئ ذمة البائع من عهدة الخيار الثابت باعترافه ، والاعتراف بينة ثابتة تقدم على قاعدة إضـــافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وهكذا كل مسألة فيها تعارض بين هذه القاعدة والقواعد الأقوى منها تستثنى مسائلها ، ويتعامل معها وفق قواعدها المناسبة كما في هذه الأمثلة المتقدمة .

٧. قاعدة " الأصل في الكلام الحقيقة" ١

معنى القاعدة:

الأصـــل في الكلام الحقيقة والمجاز فرع فيه وخلف عنها ، ولكونها أصـــلاً قدمت على المجاز وكان العمل بها أولى من العمل به، ما لم يوجد مرجح له فيصـار إليه[٢] والحقيقة في اللغة: من حَقّ الشـيُء إذا ثبت ، وهو فعيلة بمعنى فاعلة ، وفي الاصـطلاح : الكلمة المسـتعملة فيما وضـعت له في اصـطلاح التخاطب كلفظة " القتل" في إزهاق الروح. والمجاز هو استعمال الكلمة في غير ما وضعت له لقرينة ، مثل استعمال القتل في الإيلام[٣].

والمراد بالقاعدة أنه إذا كان للفظ معنيان تســاويا في اســتعمالهما : معنى حقيقي ومعنى مجازي ، وورد مجرداً عن مرجح لأحدهما ، يراد به حينئذ المعنى الحقيقي دون المجازي، لأن المجاز كما تقدم خلف عن الحقيقة ، فترجح هي عليه في نفســها [٤] وذلك كلفظة النكاح فإنها حقيقة في الوطء ، مجاز في العقد[٥] وقد تســاوى اســتعمالهما فيهما ، فإذا جاء مجرداً يرجح أحد المعنيين على الآخر ، كما في قوله تعالى: ﴿ وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَـاءِ ﴾ [٦] ترجحت الحقيقة هنا لأنها الأصـل ما لم يوجد صـارف عنها إلى المجاز فتكون حرمة موطوءة الأب ثابتة بالنص ، وأما حرمة من عقد عليها الأب عقداً صحيحاً ، ولم يدخل بها فثابتة بالإجماع [٧]

---

[١] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٤ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٩ والمجلة قاعدة ١١م/١٢ والسدلان– شرح القواعد الكبرى–ص١٦١ وقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة١٩٨٤م[م/٩٦].

[٢] شرح القواعد للزرقاء ص١٣٣.

[٣] نفس المرجع ومختصر قواعد العلائي لابن الخطيب ٢/ ٤٤٢، ٥٩٥ .

[٤] درر الحكام شرح مجلة الأحكام– لعلي حيدر ص٢٦-٢٧ .

[٥] كون :أن النكاح حقيقة في الوطء ومجاز في العقد . هذا راي الأحناف وعند غيرهم العكس .

[٦] سورة النساء الآية ٢.

[٧] شرح القواعد للزرقاء ص ١٣٤ .

من قال: أوقفت على أولادي، وله ،أولاد من صـــلبه وأولاد أولاد،فالوقف يكون لأولاد صـــلبه دون أولاد الأولاد، لأن كلمة :أولادي حقيقة في أولاد صـــلبه ومجاز في أولاد الأود ، فعملاً بالقاعدة يُخصُّ بالوقف أولاد صلبه.

٨. قاعدة " إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز" ١

شـــرح القاعدة: تقدم أن المجاز خلف عن الحقيقة وأنه لا يصـــار إلى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة لسبب من الأسباب.

وأسباب تعذر الحقيقة واحد من أربعة أمور:

١. **التعذر الحقيقي** لعدم إمكانها أصـــلا، لعدم وجود فروعها في الخارج ،كما لو أوقف شـــخص على أولاده وليس له إلا أحفاد ، فالأحفاد هنا أولاده مجازاً ، فينصـــرف الوقف إليهم لعدم وجود أولاد الصلب للواقف.

٢. **التعذر الشرعي**: أي إذا حمل الكلام على حقيقته يؤدي إلى محظور شرعي، كالوكالة على الخصومة، فحقيقة الخصـومة المنازعة والمضـاربة ، فإذا صـرفت كلمة وكلت فلاناً بالخصـومة عني في قضـية كذا، حقيقتها أنه وكله لينازع عنه ويضـارب من يناوئه، وهذا لا يجوز شـرعاً ، ويراد بالوكالة في الخصـومة مجازاً المرافعة والمدافعة عنه أمام جهات فض النزاعات، فهذا أمر جائز شـرعاً ، لذا تركت الحقيقة هنا إلى المجاز.

٣. **التعذر العرفي** : إذا هُجر المعنى الحقيقي عرفاً وأصـبح المعنى المجازي هو الذي يتبادر إلى الذهن عند سماع الكلمة ، وجب حملها على المجاز ،كمن يحلف أن لا يضـــع قدمه على باب فلان ، المعنى الحقيقي للكلمة عدم وضـع قدمه على الباب المذكور ومجا زها الذي صـار معروفاً ومسـتعملا عند الناس هو عدم دخول البيت الذي ذكر بابه .

٤. **التعذر للعســر والمشــقة** : إذا كانت الكلمة تحتمل معنى حقيقياً وآخر مجازياً ولكن اسـتعمالها في الحقيقة يؤدي إلى عســر ومشــقة ، يجب ترك الحقيقة إلى المجاز، كمن يحلف قائلاً :لا آكل من هذه النخلة ويشير إليها . فالأكل من خشب تلك النخلة وإن كان ممكناً — وهي الحقيقة اللغوية للفظه– ، ولكن بعسر ومشقة كبيرة، ومجاز كلامه أن يُحمل حلفه على عدم الأكل من ثمار تلك النخلة.[٢]

---

[١] المجلة م/٦١وشرح القواعد الزرقاء ١٦٥ وقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م م/٩٦.

[٢] انظر شرح القواعد للزرقاء ص٣١٧ وقواعد السدلان ص١٦٨-١٦٩ .

٩. قاعدة " إذا تعذر إعمال الكلام أُهمل" ١

تقدم أن الأصل في الكلام الحقيقة، وإن لم يمكن حمل الكلام على حقيقته لسبب من الأسباب السابق ذكرها، حُمل على المجاز، وإن لم يمكن حمله على حقيقته ولا على مجازه، أُهمل. وهو موضوع هذه القاعدة .

الأصل صيانة كلام العاقل من الإلغاء ما أمكن ، فإن قصد الحقيقة فهو وقصده وإن قصد المجاز بعلاقة وقرينة فهو وما أراد، فإن لم يقصد شيئاً أُهمل ، وقد ذكر العلماء أسباب إهمال كلام المكلف منها:

١. تعذر حمل الكلام على حقيقته أو مجازه، كأن يقر شخص لمن هو أكبر منه سناً أو في سنه بأنه ابنه ويرث منه .
٢. أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين دون مرجح لأحدهما، كأن يوصي لمولاه، وهو معتق- بفتح التاء ، وعتق بكسرها ، فهنا لا يعلم المقصود هل مولاه الذي عتقه أو من كان مملوكه فعتقه هو، ولذا يهمل كلامه .
٣. تعذر صحة كلامه شرعاً، كأن يقول:أُختي ترث ضعف ما أرث.
٤. تعذر الكلام حساً كأن يقول: قطعت يد فلان في حين أن اليد لم تقطع[٢].

١٠. قاعدة" لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح" ٣

هذه القاعدة من إحدى قواعد النظرية الفقهية " التعبير عن الإرادة" وهي في أصلها قاعدة أصولية، وفقهية لذا اعتنى بها الأصوليون في كتبهم، كما اعتنى بها الفقهاء في كتب قواعد الفقه .

ومجالها التعبير عن الإرادة من إيجاب وقبول وإذن ومنع، ورضى ورفض، ونحو ذلك[٤]. ووجه إدراجها تحت قاعدة " اليقين لا يزول بالشك" الأصل في التعبير التصريح. والدلالة خلف عنها، فإذا تعارض التصريح مع الدلالة يقدم التصريح لأنه متيقن و تترك الدلالة لأنها مشكوك فيها .

---

١ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٩٢ والمجلة م/٦٢ والوجيز ١٢٧ والمدخل الفقهي للزرقاء ١٠٠٧/٢وقواعد السدلان ص ١٧٠.

٢ انظر الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة في شرح المجلة للزرقاء ص٣١٩-٣٢٠ وقواعد الندوي ص٣٩٣ وشرح القواعد للسدلان ص ١٧١-١٧٣.

٣ المجلة م/١٣ وقواعد الندزي ص٤١٧ والوجيز للبرنو ٢٠١ وقواعد السدلان ص١٧٤ وقانون المعاملات المدنية السوداني م/٩٧.

٤ المدخل الفقهي العام للزرقاء٩٧٢/٢م/٥٨٠ .

معنى القاعدة: الدلالة" بكسر الدال وبفتحها، ما يقوم به الإرشاد أو البرهان[١] والجمع دلائل . ودلالة اللفظ ما يقتضيه عند إطلاقه[٢] وقيل: الدلالة فتح الدال في المعقولات وبكسرها في المحسوسات[٣] والمراد بالدلالة هنا غير اللفظ. من حال، أو عرف، أو إشارة أو سكوت ونحو ذلك[٤] فلو أن شخصاً دخل دار إنسان بإذنه ثم وجد إناء معداً للشراب ، فشرب منه وأثناء شربه انكسر الإناء، فلاضمان عليه ، لأن دلالة الحال هنا دل على الإذن ، ولكن لو نهاه صاحب الدار قبل تناوله الإناء ، ثم حاول الشرب فانكسر الإناء فعليه الضمان لمخالفته صريح النهي[٥] .

أنواع التعبيرات: قسم الفقهاء التعبيرات إلى صريح وكناية . فيعول في الإرادة الظاهرة على التصريح وفي الإرادة الباطنة على الكناية [٦] .

معنى الصريح: هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند إطلاقه [٧]وقيل: هو ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً حتى صار مكشوف المراد، بحيث يسبق إلى فهم السامع بمجرد السماع، حقيقة كان أو مجازاً[٨]، ولا فرق في الصريح بين القول والكتابة.

أحوال التصريح مع الدلالة:

الأصل في حالة تعارض التصريح مع الدلالة، تقديم التصريح لأنه الأصل في التعبير، كما تقدم. وفي بعض الحالات تقدم الدلالة استثناء، منها:

١. إذا جاء التصريح بعد وقوع العمل بالدلالة كأن يتصرف شخص في أمر ما، وفق دلالة الحال أو العرف ثم يأتي التصريح بالمنع بعد وقوع التصرف، كأن يهب إنسان هبة لأحد فقبضها ، فقد تمت الهبة ثم إذا قال الواهب لا تأخذها ، لا عبرة بتصريحه، أما إذا سبق النهي القبض فلا يجوز له أخذها وإلا كان غاصباً [٩]

٢. تقدم الدلالة على التصريح إذا كانت الدلالة دلالة الشرع ،لأن دلالة الشرع أقوى من تصريح الإنسان ، كمن ينكر نسب ولده من زوجته التي دخل بها ، في مدة تحتمل، فالشرع جعل هذا

---

[١] بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز– فيروز آبادي–مادة دل ، بنقل الندوي السدلان ص١٧٥.

[٢] معجم الفقهاء ص٢١٠ .

[٣] انظر شرح القواعد للزرقاء ص١٤١.

[٤] السدلان – شرح القواعد ص١٧٥.

[٥] الوجيز ص ٢٠٢.

[٦] التعبير عن الإرادة– سوار ص٣٠٥ .

[٧] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٢٩ والتعبير عن الإرادة ص٣٠٦ .

[٨] تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٩٧/٢–١٩٨ .

[٩] شرح المجلة لسليم رستم باز ص١١٧–١١٨.

الحال دلالة صحة نسب الولد ، قال- ﷺ : (الولد للفراش)[1] فالإنكار الصريح من الأب يترك في مقابلة دلالة الشرع [2] .

١١. قاعدة " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان" ٣ .

دخول هذه القاعدة تحت قاعدة" اليقين لا يزول بالشك" لأن عدم القول من الساكت هو المتيقن، ودلالة السكوت على قصد الساكت مشكوك فيها. فلا يزال هذا اليقين بالمشكوك. وهذه القاعدة تشتمل على فقرتين: الأولى تفيد أن الشرع حيث ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على مقاصدهم ، لأن المقاصد لا سبيل على اليقين بحقائقها ، إنما التعبير الواضح هو الحجة على صاحبه، أما السكوت فليس بحجة على القادر على الكلام ، بأنه ذو دلالة إجمالية على مراد الساكت ، وقد يكون سببه الخوف أو الإقرار أو عدم الانتباه أو ظنه عدم جدوى الكلام ،أو كون السامع يعرف رأيه مسبقاً ، فلذا كانت دلالته مشكوك فيها "[4] أما الفقرة الثانية من القاعدة فهي بمثابة الاستثناء من سابقتها ، حيث أفادت أن السكوت في حكم النطق وذلك في كل موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان وهو المسمى عند بعض الأصوليين " ببيان الضرورة " [5] وهو نوع من أنواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام وذلك في كل موطن يلزم فيه التكلم، لدفع ضرر أ و غرر، أو يكون فيه السكوت طريقة عرفية للتعبير[6] أو لدلالة حال في المتكلم تدل على أن سكوته لو لم يكن بياناً ما كان ينبغي له أن يسكت ،كسوت منُ يقتدى به عن فعل شيئ مما يخالف الحق مع قدرته على المنع .ولذا اعتبر من سنة النبي ﷺ:سكوته مع علمه على قول أو تصرف من شخص، لأنه المقتدى به ، فسكوته دليل مشروعية ما سكت عنه. ومنه سكوت من به صفة تمنعه من الإفصاح عن إرادته كما في حالة البكر البالغة حيث جعل الشارع سكوتها عند استئذانها في النكاح إذنا منها لأجل حالها الموجبة للحياء عن بيان رغبتها في الرجال . ومنه سكوت الناكل عن اليمين

---

[1] رواه البخاري من حديث عائشة -رضي الله عنها-(الولد للفراش) ومن حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- (الولد للفراش وللعاهر الحجر)الحديثين رقم ٦٨١٧و٦٨١٨ وانظر فتح الباري ٣٤٠/٣ .

[2] انظر شرح قواعد الخادمي للقرق أغاجي ص٦٤ وشرح القواعد للسدلان ص١٨٠.

[3] انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٦٦ والأشباه لابن نجيم ١٥٤ ومجامع الحقائق للخادمي ص٣٢١ والمجلة م٦٧ والمدخل للزرقاء فقرة ٨١٣ والوجيز للبرنو ص٢٠٥ وقواعد الندوي ٤٥٤ وقانون الإثبات السوداني لسنة١٩٩٣م[م/٥/ز]- تأصيل قانون الإثبات لسنة ١٩٩٣م ص٢١ .

[4] انظر أشباه ابن نجيم ١٥٤ -١٥٦.

[5] انظر الوجيز للبرنو ص ٢٠٥ .

[6] المدخل الفقهي للزرقاء ٩٧٤/٢ .

فإنه يُجعل بياناً لثبوت الحق عليه عند أبي حنيفة وأحمد – رحمهما الله– أما عند مالك والشـــافعي– رحمهما الله– فيعتبر النكول عن اليمين إنكاراً ورداً لليمين على المدعي[1]

ومن مواضع اعتبار السكوت بمثابة الكلام حالة الضرورة لدفع الضرر،كسكوت الشفيع عن طلب الشـفعة بعد علمه بالبيع وعدم المانع ، فجُعل سـكوته إسـقاطاً لحقه في طلب الشـفعة ، دفعاً للضـرر عن المشتري .

بعض الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة: – الفقرة الأولى–

"لا ينســـب إلى ســـاكت قول" هي الأصـــل في المعاملات لأن هذه المعاملات مربوطة بالعقود والألفاظ الصريحة وليس لجزئياتها حصر[2] ومن أمثلتها :

١. سـكوت الثيب عند الاسـتئذان بالنكاح لا يعتبر إذناً قطعاً لأن الأصـل في الرضـى بالعقد أو رفضـه التصريح فاستثنيت البكر ارادتها هنا، لذا قال ﷺ:الثيب تستأمر في نفسها.
٢. لو باع أجنبيٌّ مال أحد فضـولاً وسـلمه للمشـتري وصـاحب المال حاضـر ينظر إليه لا يعتبر سـكوته إذناً منه بالبيع، ما لم يكن البائع زوجاً أو قريباً محرماً لصـــاحب المال، فإذا كان كذلك عُدّ ســـكوته إذناً استحساناً [3]

أما الفقرة الثانية من القاعدة– ولكن الســكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان– كالاســتثناء من الفقرة الأولى كما تقدم ، ومفادها أن السكوت بمثابة الكلام في مواضع محصورة، معدودة بالاستقراء ، فقد حددّها بعض الفقهاء بنيّف وأربعين مسألة. منها:

١. كل الحالات التي تكون فيها منفعة محضة لمن وجه إليه الخطاب ، كسكوت المتصدّق عليه، والمفوض في تصرف ما، والموقوف عليه ، والموصى له، والمكفول له، والمدين عند إبراء الدائن له .
٢. الحالات التي يتوافر فيها تعامل سـابق بين المتعاقدين ويتصـل الإيجاب بهذا التعامل، كمن باع السـلعة لأحد وقبل دفع الثمن حاز المشـــتري المبيع وهو ينظر إليه وكان من حقه حبس المبيع إلى أن يوفي المشـــتري بالثمن، ولكنه ســـكت ، فليس من حقه بعد ذلك حبس المبيع ، وإنما له مطالبة حقه في الثمن.لأنه أسقط حقه في الحبس والساقط لا يعود .
٣. الحالات التي تسـتلزم فيها العدالة اعتبار السـكوت بمثابة الإذن. كسـوت الأب حين يرى ابنه المميز يتصرف بالبيع والشراء دفعاً للضرر عمن يتعامل مع ابنه.

[1] انظر إلى البنو في الوجيز ص٢٠٤ .
[2] شرح المجلة للأتاسي ١/١٨١ ومابعدها .
[3] المدخل العام للزرقاء ٢/٩٨٦ .

٤. الحالات التي يستلزم فيها العرف السكوت بمثابة الرضا كبيع المعاطاة وسكوت البكر عند الاستئذان في النكاح، وهذه الحالة تختلف بالاختلاف العرف، وتتبدل معه[١].

١٢. قاعدة" لا عبرة للتوهم" ٢

التوهم : هو إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر متردد فيه . والأمر الموهوم يكون نادر الوقوع ، ولذلك لا يعمل في تأخير حق صـــاحب الحق ، لأن الثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر لأمر موهوم ، بخلاف المتوقع فإنه كثير الوقوع ، فيعمل بتأخير الحكم ، كما جوزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد اســتكمال أسبابه لرجاء الصلح بين الأقارب ، وما ذاك إلا لأنه متوقع بخلاف غيرهم[٣] .

والمراد بالقاعدة : التردد في الحكم للاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول . وقد نص الفقهاء على هذه القاعدة حتى لا تتعطل الأحكام ومصالح العباد لمثل هذه الاحتمالات النادرة. فالواجب العمل بالمعتاد الراجح دون النظر إلى التوهمات كأن يشهد شهود معتبرون على انحصار الإرث في أشخاص معينين وأنهم لا يعلمون للمورث غير هؤلاء. وجب العمل بشهادتهم دون التوهم إلى أنهم ربما غفلوا أو كذبوا أو نسوا... إلخ[٤] .

١٣. قاعدة" لا عبرة بالظن البين خطؤه "٥

معنى القاعدة : إذا بُني فعل من حكم أو اســـتحقاق على ظن ثم تبين خطأ ذلك الظن فيجب عدم اعتبار ذلك الفعل وإلغاؤه،[٦] كما لو دفع المدين الدين لدائنه ثم دفع عنه وكيله دون علم بدفع المدين ، يسترد ما دفعه، والعكس . فلو أتلف شخص مالا ظناً منه أنه له ثم تبين أنه لغيره ضمنه[٧]، وكذا إذا وهب شخص مالاً لشخص يظنه أنه فلان شخص يقصده ثم تبين أنه شخص آخر ، له ردها [٨] .

واستثنى العلماء من هذه القاعدة بعض المسائل منها:

---

[١] انظر هذه الأمثلة وغيرها شرح القواعد للزرقاء ص٣٣٧ وما بعدها وشر ح المجلة للأتاسي ص٢٧وما بعدها والوجيز للبرنو ص٢٠٥-٢٠٧ وشرح السدلان للقواعد الكبرى ص١٨٤-١٩٠ بشئ من التصرف .

[٢] انظر القاعدتين ٧٤/٧٣ والدخل العام للزرقاء ١٤/٨١/٩٨٧/٢ وقواعد الندويص٤١٦ والوجيز للبرنو ٢٠٨وبدائع الصـــنائع للكاساني ١٧٢/١.

[٣] شرح القواعد للزرقاء ص ٣٦٣ومابعدها .

[٤] نفس المرجع ٠وقانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٣م ص١٩ ومابعدها والعقد والإرادة المنفردة لأبي ذر ص١٨ وما بعدها .

[٥] الأشــباه والنظائر للســيطي ص٢٨٩ والأشــباه لابن نجيم ص١٦١ والنثور في القواعد للزركشــي ٣٥٣/٢ وقواعد الخادمي ص٣٢٨والمجلة م/٧٢ والمدخل الفقهي للزرقاء ١٦/٨١ ،٩٨٨/٢ والوجيز البرنو ص٢١٠ وقواعد السدلان ص١٩٧ .

[٦] الوجيز للبرنو ص٢١٠ .

[٧] مجلة الأحكام العدلية المادة [٩١٤] .

[٨] انظر العقد والإرادة المنفردة لأبي ذر ص٦٢٠٦٣ .

١. من دفع زكاته لشخص ظنه أنه من أهل الزكاة، ثم تبين خطؤه لا يردها[1] .

٢. ومنها إذا باع شخص منقولا وطالبه أحد فيه بالشفعة فدفع له وأخذ الثمن ثم تبين له أن لا شفعة في المنقول، فلا يسترد[2] .

١٤. قاعدة "لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل"[3]

أصل هذه القاعدة ما جاء في تأسيس النظر للدبوسي " إن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حُكم بفساد فعله"[4] ومعنى كلامه-رحمه الله- لو ظهرت التهمة بفساد نية المتصرف، بطل تصرفه .

معنى القاعدة عند الفقهاء :

" أنه لا حجة مقبولة أو مفيدة مع الاحتمال الذي ينشأ عن دليل ظني أو قطعي بوجود تهمة "[5] مثل أن يقر شخص في مرض الموت لأحد ورثته بدين أو عين ، لاحتمال إرادته حرمان بقية الورثة مما أقرّ به ، وهذا مذهب الأحناف والحنابلة وعند الشافعيةُ يقبل إقراره ،أما عند مالك ، فيقبل إقراره إن كان معروفاً بالصدق والأمانة وإلا فلا[6]، أما الإقرار في حال الصحة فجائز. واحتمال إرادة حرمان بعض الورثة من باب التوهم ولا يؤبه به أما إقراره للأجنبي في مرض الموت فإنه يصح كإقراره في حالة الصحة لنفي تهمة المحاباة[7]، ومن تطبيقات هذه القاعدة عدم قبول شهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض وكذا الزوجين والأجير الخاص لمستأجره لتمكن التهمة الناشئة عن علاقة تدفع إلى تحزب مريب يجب أن تتجرد الشهادة منه[8].

---

[1] روى البخاري في صحيحه -باب إذا تصدق على ابنه وهو لايشعر – أن رجلاوضع صدقه عند رجل في المسجد ليعطي من هو أهلها فجاء ولد الرجل فأخذ تلك الصدقة فرجع بها البيت فعلم أبوه وقال: والله ما أردت بها إياك فتخاصما إلى النبي ﷺ .

[2] شرح المجلة لعلي حيدر ص٦٤ .

[3] قواعد الخادمي ص٣٢٩ ومجلة الأحكام م/٧٣ والمدخل الفقهي للزرقاء فقرة ٥٨٣ والوجيز للبرنو ص٢١٦ وقواعد الندوي ص٤١٥ وشرح القواعد للسدلان ص٢٠٧ .

[4] تأسيس النظر ص٢٧.

[5] الوجيز ص٢١٦.

[6] تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ، تحقيق د/ محمد أديب صالح ص٢١٢-٢١٣، مؤسسة الرسالة لبنان والوجيز للبرنوص٢١٧ .

[7] شرح المجلة للأتاسي ٢٠٤/١ .

[8] المدخل الفقهي العام ٢/٨١، ٩٨٨/١٥ .

قاعدة " لا ضرر ولا ضرار " [1]

وتشمل الدراسة في هذا الفصل على تمهيد و مبحثين:

فالتمهيد : في بيان أصل القاعدة وأهميتها .

المبحث الأول: شرح القاعدة وبيان أدلتها، وما ينبني عليها من الأبواب الفقهية عموماً.

المبحث الثاني: القواعد الفرعية المندرجة تحت هذه القاعدة وتطبيقاتها .

التمهيد:

هذه القاعدة بنصها حديث نبوي شريف في درجة الحسن، كما سيأتي في تخريجه. وهو من جوامع كلم النبي ﷺ .

فقد عبّر كثير ممن كتب في قواعد الفقه عن هذه القاعدة بقولهم:" الضرر يزال"، وجعل نص حديث (لا ضرر ولا ضرار) دليلاً على قاعدة " الضرر يزال " ولكن لو أمعنا النظر في مضمون " لا ضرر ولا ضرار" نجده أشمل وأوسع دائرة من قولهم:" الضرر يزال" حيث يفيد تعبيرهم هذا وجوب إزالة الضرر الواقع ومعالجة آثاره فقط ، في حين أن لفظ الحديث يفيد وجوب منع الضرر قبل وقوعه ومنع أسبابه المؤدية إليه كما أنه يفيد وجوب رفع الضرر الواقع وإزالة آثاره، كما يفيد منع مقابلة الضرر بالضرر فيما لم يأذن فيه الشرع من الجزاء والقصاص، فصلى الله وسلم على من أوتي جوامع الكلم .

وهذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية وهي إحدى القواعد الخمس الكبرى والتي تعتبر أصول القواعد الفقهية ، وهذه القاعدة على وجه الخصوص من أعظم القواعد وأجلها شأناً ، ولها من التطبيقات في الأحكام الفقهية مالا حصر لها. فمعظم أحكام الفقه تندرج تحت هذه القاعدة . فإذا كان الهدف الأعظم من أحكام الفقه درأ المفاسد عن العباد وجلب المصالح إليهم ، فأساس هذا الهدف هو هذه القاعدة ، كما يقول الدكتور الزرقاء–رحمه الله–: هي سند مبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد ، وهي عدة الفقهاء ، وعمدتهم ، وميزانهم في طريق تقرير الأحكام الشرعية للحوادث"[2] وقال الإمام

---

[1] لأشباه والنظائر لابن السبكي ٤١/١ والأشباه والنظائر للسيوطي ٩٢ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥ والمحلى على جمع الجوامع { ٦٥٦/٢حاشـية البناني} ومجامع الحقايق ص٣٢٢والمجلة م/١٩،ق١٨والمدخل الفقهي د/الزرقاء فقرة ٥٨٨ وقواعد السعدي ص٥٢ والمدخل الفقهي للكردي ص٤١ والقواعد الفقهية للندوي ص٢٨٧ وعلم أصول الفقه –خلاف ص٢٠٧ وقواعد إعلام الموقعين ص٣٢٣ وشرح القواعد للسدلان ص٤٩٣ والوجيز للبنو ص٢٥١ .

[2] المدخل الفقهي العام للزرقاء ٩٩٠/٢ .

الســـيوطي –رحمه الله-:" اعلم أن هذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه، من ذلك الرد بالعيب وجميع أنواع الخيار من اختلاف الوصف المشروط أو التغرير ، وإفلاس المشتري، وغير ذلك، والحجر بأنواعه، والشفعة لأنها شرعت لرفع ضرر القسمة، والقصاص والكفارات، والحدود ، وضمان المتلفات ، والقسمة ، ونصب الأئمة والقضاة ، ودفع الصائل ، وقتال المشركين والبغاة، وفسخ النكاح بالعيوب والإعسار ، وغير ذلك" [١]

المبحث الأول:

١. معنى القاعدة لغة:

الضرر من الضُرِّ بضم الضاد وفتحها، وهو ما يؤلم الظاهر من الجسد وما يتصل بمحسوسه في مقابلة الأذى ،وهو إيلام النفس وما يتصل بها . وقيل: الضـر، بالضـم يكون عن قهر وعلو ،وبالفتحة من مماثل أو نحوه. والضرار فعال ، بكسر أوله من ضار ومضارّة، وضرار،بمعنى ضره، واضطره إلى كذا، بمعنى ألجأه إليه ، وليس له منه بدٌ [٢]وفُسّر بأن الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً والضرار مقابلة الضرر بالضرر[٣] وقد أورد الإمام أبو عمر بن عبد البر أقوالاً ووجوهاً متعددة في مدلول " الضـرر والضـرار" عند شـرحه لهذا الحديث، وقال: قال الخشـني:" الضـرر الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضـرة. والضـرار: الذي ليس لك فيه منفعة ، وعلى جارك فيه مضـرة. وهذا وجه حســن المعنى في الحديث . والله أعلم... وقال غيره : الضــرر والضرار مثل القتل والقتال ، فالضرر أن تضر بمن لا يضرك ، والضرار أن تضر بمن أضر بك من غير جهة الاعتداء بالمثل والانتصار للحق" [٤] وقال الإمام ابن الأثير : لا ضـرر –أي لا يضـر الرجل أخاه ، فينقصـه شـيئاً من حقه، والضـرار: فعل من الضـر –أي لا يجازيه على إضـراره بإدخال الضـرر عليه"[٥] وقال الحموي يضـر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء"[٦] وقال الدكتور الزرقاء:" المقصـود من نفي الضـرار ، نفي فكرة الثأر لمجرد الانتقام...الخ[٧].

٢. معنى القاعدة اصطلاحاً:

---

[١] الأشباه والنظائ للسيوطي ص١٧٣ .

[٢] المصباح المنير للفيومي ٤٢٥/٢ .

[٣] شرح القواعد للسدلان ص٤٩٧ .

[٤] التمهيد ٢٠/ ١٥٨-١٥٩.

[٥] النهاية في غريب الحديث ، باب الضاد مع الراء ٨١/٣ .

[٦] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ١١٨/١ .

[٧] المخل الفقهي ٢/ ٩٧٨ بتصرف.

" لا ضـرر" أمر في صـورة الخبر يفيد منع الضـرر بجميع صـوره ، عاماً كان أو خاصـاً ، كما أنه يفيد منع الضـــرر قبل وقوعه بمنع أســـبابه ، وإزالتها، كما أنه يفيد وجوب معالجة آثار الضـــرر بعد وقوعه، ومنع تكرره، بالأخذ على يد المعتدين ، ومعاقبتهم ، وتخفيف الضـــرر بقدر الإمكان عندما لا يمكن رفع الضــــرر بالكية. " ولا ضرار" وهو أيضاً أمر في صورة الخبر. يفيد منع مقابلة الضرر بالضرر، إلا على سبيل الجزاء المشروع. فمن أتلف مال شخص لا يجوز إتلاف ماله معاقبة له. لأن في هذا توسيع لدائرة الضرر ، وإهدار للمال بما لا يفيد، ولذا شرع الإسلام الضمان بالمثل أو القيمة ، أما الجناية على النفس أو البدن فقد شرع فيها القصــاص، لا ثأراً ولا انتقاماً ولكن درءاً لمفاســـد وأضـــراراً أُخرى ، فلربما لوتُرك المعتدي على الأنفس والأموال لازداد غياً وظلماً وتمادى في إزهاق الأنفس وإتلاف الأموال وهذا ربما أدى إلى ثائرة أهل المعتدى عليه فينتقموا فتحصل فتنة وأضرار متعددة ولهذا شُرع القصاص. قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾[1] والمعنى والله أعلم:أن معاقبة الجاني فيها منع لتكرارالضــــرر وإزالة أســــبابه ومعالجة آثاره من تهدئة النفوس ومنع الثأر...إلخ

أدلة هذه القاعدة:

تقدم أن هذه القاعدة أصل عظيم وقاعدة هامة من قواعد الفقه، وقد تضافرت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على اعتبارها. منها:

١. قوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار)[2] قال الإمام الشا طبي : " حديث " لا ضرر ولا ضرار. رغم أنه من الأدلة الظنية ، داخل تحت أصـــل قطعي في هذا المعنى، حيث أن الضـــرر والضـــرار مبثوث منعه في

[1] سورة البقرة الآية ١٧٩.

[2] له طرق عدة من أحسنها ما رواه الحاكم وغيره من حديث أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه– أن رسول الله – ﷺ– قال :" لا ضرر ولا ضرار، ومن ضارّ ضارّه الله ، ومن شاقّ شاقّ الله عليه" والشطر الأخير من الحديث" ومن شاق٠٠إلخ رواه البخاري في صحيحه. انظر فتح الباري ١٣/ ١٢٨ ط: دار الفكر ٠ وقال الحاكم في حديث " لا ضرر .. الحديث ": صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجه ووافقه الذهبي٠ انظر المستدرك للحاكم مع تلخيص الذهبي طبعة بيروت ٥٧/٢ ٠ والحديث رواه أبوداود من حديث أبي صرمة مرفوعاً " من ضار ضار الله به ومن شاق شاق الله عليه" انظر سنن أبي داو د مع عون المعبود: ط : المدينة المنورة . الطبعة الثانية – المكتبة السلفية ١٣٨٨هـ– ١٩٦٩م ١٠/ ٦٤ . ورواه الإمام مالك مرسلاً بلفظ" لا ضرر ولا ضرار" من حديث عمر بن يحي عن أبيه٠ ورواه ابن ماجه عن طريق فضل بن سليمان من حديث عبادة بن الصامت – رضي الله عنه– أن رسول الله– ﷺ– بلفظ" أن لا ضرر ولا ضرار" سنن ابن ماجه –باب من بنى في حقه ما يضر بجاره رقم ٢٣٤٠ انظر –مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه للحافظ البصيري ٣٣/٢ برقم ٧٢٧–٨٢٨–

الشـــريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كليات كقوله تعالى: ﴿ وَلا تُمْسِـــكُوهُنَّ ضِـــرَاراً ﴾[1] وقوله تعالى:﴿ وَلا تُضَـارُّوهُنَّ لِتُضَـيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿لا تُضَـارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾[3] ومنه التعدي على النفوس والأعراض، وعلى النصـــب والظلم ، وكل ماهو في المعنى الإضـــرار أوالضـرر، ويدخل تحته الجناية على النفس والعرض أو النسـل فهو معنى في غاية العموم في الشـريعة، ولا مراء ولا شك ، وإذا اعتبرت أخبار الآحاد وجدتها كذلك" [4].

٢. قوله تعالى: ﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَـاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْـرِيحٌ بِإِحْسَـانٍ ﴾[5] وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا ﴾[6]

قـال الإمـام القرطبي- رحمه الله-:"- عقـب الآيـة الأولى:" ثبـت أن أهـل الجـاهليـة لم يكن عنـدهم للطلاق عدد، وكانت عندهم العدة معلومة مقدرة ، وكان هذا في أول الإســلام برهة، يطلق الرجل امرأته ما شـاء من الطلاق فإذا كادت تحل من طلاقه راجعها ما شـاء . فقال رجل لا مرأته- على عهد النبي ﷺ: لا آويك ولا أدعك تحلين . فقالت وكيف؟ قال: أُطلقك، فإذا دنا مضـــي عدتك راجعتك. فشـــكت ذلك لعائشة، فذكرت للنبي ﷺ . فأنزل الله ﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ... ﴾

ثم ذكر سبب نزول الآية الثانية ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ...﴾ من رواية الإمام مالك عن ثور بن زيد الديلي : أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها ، و يريد إمساكها كيما يطول بذلك العدة عليها وليضارها ، فأنزل الله تعالى: ﴿ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً ﴾ وهذا الخبر موافق للخبر الذي نزل بترك ماكان أهل الجاهلية من الطلاق والارتجاع حسب ما تقدم بيانه — عند قوله تعالى: ﴿ الطَّلاقُ مَرَّتَانِ ﴾ . وإن نزول

دراسـة وتقديم كمال يوسـف الحوت. والإمام أحمد من حديث عبادة بن الصـامت وإسـناده ضـعيف ٥/ ٣٢٦-٣٢٧ . ولكن الحديث بشواهده صحيح ، ولهذا صححه غير واحد من الأئمة . انظر نصب الراية ٤/ ٤٨٤ وجامع العلوم والحكم لابن رجب ٢/ ٢٠٧- ٢١١ والهداية في تخريج أحاديث البداية للغماري رقم ١٥٣٢ و إرواء الغليل ٨٩٦ وروه الدار قطني ٤/ ٢٢٨ . قال الإمام ابن الصــلاح -رحمه الله- : أسـند الدار قطني هذا الحديث من وجوه مجموعها يقوي الحديث ويحسـنه ، وقد نقله جماهير أهل العلم واحتجوا بـه ، ففي أبي داو د قال: الفقه يدور على خمســـة أحاديث وعدّ هذا الحديث منها. انظر فيض القدير – للمناوي ٦/ ٤٣٢ . وقال النووي -رحمه الله-: " فعدّ أبي داود له من الخمسـة يُشـعر بكونه عنده غير ضـعيف، وهو على مثال ضـرار وقتال، وهو على ألسـنة كثير من المحدثين والفقهاء " لا ضـرر لا إضـرار" بهمزة مكسـورة قبل الضـاد ، ولا صـحة لذلك. انظر شـرح الأربعين النووية لابن دقيق العيد ص٨٢-٨٣ . ط : مؤسـسـة الطباعة والصـحافة والنشـر – جدة .وقال العلائي: للحديث شواهد مجموعها تؤدي درجة الصحة أو الحسن المحتج به. انظر فيض القدير للمناوي ٤٣٢/٦ .

[1] البقرة الآية ٢٣١ .

[2] الطلاق ٢٦.

[3] البقرة الآية ٢٣٣ .

[4] الموافقات ٣/ ٩-١٠.

[5] البقرة الآية ٢٣١ .

[6] البقرة الآية ٢٢٩ .

الآيتين المذكورتين كان في معنى واحد متقارب وذلك حبس الرجل المرأة ومراجعته لها قاصداً إلى الإ ضرار بها، وهذا ظاهر" ثم قال : " الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب لها من حق على زوجها ، ولذلك قال جماعة من العلماء: إن من الإمساك بمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها ، فإن لم يفعل خرج من حد المعروف، فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها ، والجوع لا صبر عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد ويحي القطان وعبد الرحمن بن مهدي ، ومن الصحابة عمر وعلي وأبو هريرة – رضي الله عنهم- ومن التابعين سعيد بن المسيب . وقالت طائفة من الفقهاء : لا يفارقها، بل تصبر عليه . واختاره الأحناف[1]

وقال الأستاذ سيد قطب – رحمه الله- في تعليقه على قوله تعالى:

﴿ لا تُضَـارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ... ﴾ في هذه الآية الكريمة فيها حث على الحنان والرأفة بالوليد ونفي المضارة بين الزوجين فلا ينبغي أن يتخذ أحد الوالدين من الطفل سبباً لمضارة الآخر" [2]

من أمثلة تطبيقات هذه القاعدة:

تقدم أن هذه القاعدة من أو سـع القواعد الفقهية وأكثرها مسـائل، وما من باب من أبواب الفقه إلا وجدت مسـائل عدة تندرج تحت هذه القاعدة وسـأذكر هنا بعض هذه المسـائل من باب المعاملات، وذلك على سبيل المثال لا الحصر. منها:

١. بعض أنواع الخيار في البيوع ،كخيار الرؤية وخيار الشرط وخيار العيب ،وخيار الغبن... إلخ شُرعت هذه الخيارات وغيرها لرفع الظلم عمن وقع عليه ، من بائع أو مشترٍ.
٢. أنواع الحجر. حيث شُرعت، إما لمصلحة المحجور عليه كالحجر على السفيه والصغير والمجنون، إما لمصلحة غيره كالحجر على المفلس.
٣. الشفعة والتي شُرعت لمنع الضرر المتوقع من الشريك الجديد على الشريك الأول.
٤. جبر الشريك على العمارة إذا أباها مع ضرورة الصيانة لبقاء العمارة، لدفع الضرر عن بقية الشركاء.
٥. حبس الموسر الممتنع عن الإنفاق على من تجب عليه نفقتهم، من زوجة وأبناء صغار وغيرهم.
٦. ما لو استأجر أحد أرضاً فزرعها وانتهت مدة الإجارة قبل استحصاد الزرع ، يترك الزرع – ولو جبراً على المؤجر–حتى الحصاد بأُجرة المثل حتى لا يضار المستأجر.
٧. منع الاحتكار في أقوات العباد وضروراتهم .

[1] الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي ٣/ ٨٤و١٠٣ .

[2] في ظلال القرآن – سيد قطب ٢٥٤/١ طالعشرة –دار الشروق- بيروت والقاهرة ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م .

٨. منع شـراء الحبوب والأقوات لإخراجها من بلدها . قال الإمام أبو يوسـف القاضـي رحمه الله-:" لو أن أعراباً قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر بأهلها أمنعهم عنه" [1]

٩. لا يجوز لأحد أن يهدم حائط غيره، وإن هدمه فلا يجوز للآخر أن يهدم حائطه مقابلة لذلك، بل عليه أن يرفع الأمر إلى الحاكم الذي يحكم له بالتعويض أو إعادة بناء الحائط [2]. تطبيقاً لـــــــ " ولا ضرار ".

١٠. منع التدليس في البيع والشراء وغيرهما.

١١. تحريم الضــرر في الوصــية . قال تعالى: ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْـلَحَ بَيْنَهُمْ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [3] .

---

[1] انظر شرح القواعد للشيخ الزرقاء ص١٦٦ وما بعدها .

[2] نفس المرجع ص١٦٧ .

[3] سورة البقرة الآ [١٨٢] .

المبحث الثاني: القواعد الفرعية المندرجة تحت هذه القاعدة وتطبيقاتها .

بما أن قاعدة " لا ضرر ولا ضرار" من القواعد الفقهية الكبرى ، وتكاد تشمل جل الأحكام الفقيه كما تقدم ،و تحتها من القواعد الفقهية الفرعية ما يفوق الحصـــر في ســـائر الأواب الفقهية . ولكن حتى لا أخرج عن إطار بحثي المتعلق بالمعاملات ، سأكتفي بذكر بعض هذه القواعد المتعلقة بالمعاملات. منها:

١. الضرر يزال .
٢. الضرر يرفع بقدر الإمكان .
٣. الضرر لا يزال بمثله.
٤. يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.
٥. الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف .
٦. يُختار أوهن الشرين .
٧. إذا تعارضت مفسدتان رُوعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها.
٨. درء المفاسد أولى من جلب المصالح .

القاعدة الأولى من القواعد الفرعية:

١. " الضرر يزال" [1]

ومعناها: وجوب رفع الضرر الواقع وإزالة آثاره.

وتطبيقات هذه القاعدة كثيرة جداً منها:

١. مشروعية ضمان المتلفات .
٢. وجوب إزالة ما يضر في الطريق العام كأغصان شجر امتدت إليه أو بناء أو حفر .
٣. بعض الخيارات كخيار العيب والغبن والرؤية.
٤. مشروعية الشفعة .
٥. إبطال الوصـية فيما زاد عن ثلث مال الموصـي ، ومنع الوصـية للوارث وقد ذكر بعض الفقهاء هذه القاعدة ضمن قواعد مماثلة نحو:

أ " العجماء جرحها جبار ولكن فعلها الضار مضمون على حائزها" .
ب " من كسر شيئاً فهو له وعليه مثله" .
ج "مطل الغني ظلم " .

[1] قواعد الخادمي ص٣٢٢ والأشـباه للسـيوطي ٨٣ والأشـباه لابن نجيم ص٨٥ ومجلة الأحكام –م/٢٠ والمدخل الفقهي العام للزرقاء فقرة ٥٨٩٠ .

د" مطل القادر يحل عقوبته" .

هـ " المباشر ضامن وإن لم يتعمد" .

و " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد" .

ز " يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع " [1]

ح" الضرورات تبيح المحظورات على أن الاضطرار لا يبطل حق

٢. القاعدة الثانية: الضرر يدفع بقدر الإمكان [2]

هذه القاعدة تعالج أمرين في باب الضرر ، أحدهما: وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل الممكنة وهي من هذ الوجه من باب سد الذرائع، ثانيهما: وجوب رفع الضرر الواقع بقدر الإمكان . الأصل في الضرر رفعه وإزالته بالكية ، وهو ما تقدم في القاعدة السابقة ،وإن لم يمكن رفعه بالكية يرفع ما أمكن رفعه، وهو مفاد هذه القاعدة . يقول الإمام ابن قيم الجوزية – في معرض بيان أهمية سد الذرائع المفضية إلى الحرام من ظلم وضرر – :" باب سد الذرائع أحد أرباع التكليف ، لأن التكليف أمر ونهي ، والأمر نوعان : أحدهما مقصود لنفسه ، والثاني وسيلة إلى مقصود .

والنهي نوعان: أحدهما النهي عنه لمفسدة في نفسه، والثاني: ما يكون وسيلة إلى مفسدة، فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين" إ هـ [3]

من تطبيقات هذه القاعدة :

١. وجوب إزالة الأمر الذي يتوقع منه الضرر عموماً، كإزالة الجدار المائل في الطريق والغصن الممتد إلى الطريق .

٢. مشروعية الشفعة، لدفع ما يتوقع من ضرر كما تقدم.

٣. الحجر على المفلس لئلا يضر بتصرفه في ماله الدائن .

٤. منع المدين من السفر ، إذا طلب ذلك الدائن .

٥. مشروعية الإجبار القضائي على قسمة المال المشترك القابل للقسمة ، دفعاً لضرر شركة المال .

٦. وجوب رد المغصوب إلى صاحبه إذا بقي سليماً، وإن لم يبق تعيّن جبر المضرور بمثل المغصوب أو القيمة سواء كان عدم البقاء حقيقة، كأن يكون المغصوب طعاماً واستهلكه الغاصب، أو حكماً كأن يكون المغصوب شاة فذبحها الغاصب وطبخها. ففي الحالة الثانية ، إن كان العيب الذي لحق

---

[1] انظر المادة ١/٢٩ من القانون .

[2] المجلة م/٣١ والمدخل للدكتور الزرقاء فقرة ٥٨٧ والوجيز للبرنو ص٢٥٦ وشرح القواعد الكبرى : السدلان ص٥٠٨ .

[3] إعلام الموقعين ١٧١/٣ .

بالمغصوب أنقص من قيمته كثيراً ، ولم يكن المغصوب ربوياً ، جاز للمتضرر رد المغصوب وتضمين الغاصب قيمة ما نقص من المغصوب ، وله أن يترك المغصوب للغاصب وأخذ مثله أو قيمته، أما إن كان العيب الذي لحق بالمغصوب يسيراً ، تعيّن عليه أخذ المغصوب وتضمين الغاصب قيمة العيب ، أما إذا كان ربويا فالمضرور يتخير بين أخذه معيباً بلا ضمان عن العيب ، وتركه للغاصب وأخذ مثله أو قيمته من غير جنسه [1]

٣. القاعدة الثالثة: الضرر لا يزال بمثله [2]

هذه القاعدة تعتبر قيداً لقاعدة "الضرر يزال" لأن الضرر أياً كان نوعه واجب الإزالة، فلا تكون إزالة الضرر بضرر مثله أو أكبر منه بطريق الأولى. قال العلامة تاج الدين السبكي – رحمه الله – :" قولهم الضرر لا يزال بالضرر ، كعائد لعود على قولهم:" الضرر يزال" أي يزال ولكن لا بالضرر، شأنها شأن الأخص مع الأعم في الحقيقة ، بل هم سواء، لأن لو أُزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال" [3] .

فشرط إزالة الضرر أن لا يكون بإحداث ضرر مثله أو أعظم منه، فإن كان لا بد من ضرر في سبيل إزالة ضرر فبالأخف، كما سيأتي.

من تطبيقات هذه القاعدة :

١. إذا ظهر عيب قديم في المبيع بعد أن حدث عند المشتري عيب جديد ، لا يجوز رده بالعيب القديم لئلا يتضرر البائع بالعيب الجديد ، ولكن يرجع المشتري على البائع بالنقصان تعويضاً عن العيب القديم .
٢. لا يجوز لمن خشي على نفسه الهلاك من الجوع أن يأخذ طعام محتاج مثله، لأن في هذا دفع ضرر بضرر مثله.
٣. إذا كان شخص يملك في عمارة الطابق السفلي وآخر يملك العلوي ، فتهدمت العمارة ، فأراد صاحب العلوي أن يبني حقه ، فلابد أن يبني مالك السفلي أولا حتى يستطيع صاحب العلوي بناء

---

[1] انظر شرح القواعد للشيخ أحمد الزرقاء ص٢٠٧ .

[2] المجلة م/٢٥ وقواعد الخادمي ص٣٢١ والمدخل للزرقاء الفقرة ٥٨٩ والوجيز للبرنو ص٢٥٩ وشرح القواعد الكبرى للسدلان ص٥١٢ وقانون المعاملات المدنية [م/٥/ب] وقد عبر عنها ابن السبكي في أشباهه " الضررلايزال بالضرر"١/٤١ والأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٥ وابن النجيم ص٨٧ .

[3] الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٤١ .

طابقه ، فإذا أبى جاز لصاحب العلوي أن يبني الطابقين ، ثم يطالب صاحب السفلي بتكلفة طابقه ، فإن امتنع ، له أن يمنعه من الاستفادة منه حتى يسلمه قيمة البناء .

٤. إذا امتنع الراهن الإنفاق على المرهون المحتاج إلى إنفاق ، جاز للمرتهن أن ينفق عليه ثم يطالب بما أنفقه ، حتى لا يضيع حقه بهلاك المرهون [1] .

أ. يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب في العقود التي تحتمل الفسخ دون اشتراط في العقد.

ب. يشترط في العيب لكي يثبت الخيار أن يكون قديماً مؤثراً في قيمة المعقود عليه وأن يجهله المشتري وأن لا يكون البائع قد اشترط البرآة منه .

٤. القاعدة الرابعة:" يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام" ٢

هذه القاعدة مقيدة لقاعدة" الضرر لا يزال بضرر" إذ في حالة تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة بترتب الأضرار بأحدهما ، فيدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص[3] قال الشيخ أحمد الزرقاء – رحمه الله-:" أُستفيد بمنطوق هذه القاعدة بعض ما أفادته قاعدة " الضرر لا يزال بالضرر" بمفهومها المخالف، فإن مفهومها أن أحد الضررين إذا لا يماثل الآخر فإن الأعلى يزال بالأدنى ، وعدم المماثلة بين ضررين إما لخصوص أحدهما وعموم الآخر ، وهو ما أفادته هذه القاعدة، أو لعظم أحدهما على الآخر وشدته في نفسه، وهو ما أفادته قاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" اهـ بتصرف [4]

لهذه القاعدة أهميتها في ترتيب الأحكام ودفع الإضرار مع تقديم الأهم على المهم. فهي مستنبطة من معقول النصوص الشرعية، حيث يتضح للمتمعن أن الشريعة في عموم أحكامها تقدم المصالح العامة على المصالح الخاصة ، لذا شرعت الحدود وكثير من العقوبات حماية للحق العام ، بل من اهتمام الشريعة بالحق العام ، يسميه الفقهاء بحق الله ، تعظيماً لشانه. وأما تطبيقات هذه القاعدة في باب المعاملات فكثيرة منها:

١. جواز الحجر على المفلس حماية لحقوق الدائنين .
٢. جواز التسعير في بعض الأحوال حماية للصالح العام .
٣. جواز بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة إذا امتنع عن البيع.

---

[1] انظر شرح القواعد للزرقاء ص١٩٥-١٩٦ والوجيز للبرنو ص٢٥٩-٢٦٠ .

[2] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٧ وقواعد الخادمي بشرح القرق أغاجي ص٥١ والمجلة م/٢٦ والمدخل للدكتور الزرقاء فقرة ٥٩٣ والوجيز للبرنو ص٢٦٣ .

[3] انظر غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ١/ ٢٨٠ ورفع الحرج لعدنان جمعة ص٢٥، ٣٥ .

[4] شرح القواعد للزرقاء ص ١٩٧-١٩٨ .

٤. منع المصلحة الخاصة التي يمكن أن تسبب الضرر العام منها، كمنع بعض الحرف والصناعات داخل الأسواق كالحدادة والطبخ في أسواق الأقمشة.

٥. ينقض الحائط المتهون إذا كان في الطريق العام لئلا يتضرر منه المارة .

ولأهمية دفع الضـرر العام وتقديمه على دفع الضـرر الخاص جاء في مجلة الأحكام العدلية: أن الضـرر الذي يزال قسـمان: ١/ عام ، ٢/ خاص . أما العام فإنه يزال مطلقاً بلا تفصـيل فيه بين الفاحش وغير الفاحش لأن كونه عاماً يكفي لاعتباره فاحشاً كما لو كان لدار مسيل ماء أو أقذار في الطريق العام يضـر بالمارين، أو غرفة بارزة وطيئة تمنع الناس من المرور تحتها لتسفلها، فإن كل ذلك يزال مهما كان قديماً.

م[١٢١٤و١٢٢٤] . وأما الخاص فهو نوعان: فاحش وغير فاحش، فالفاحش يزال مطلقاً كالعام وغير الفاحش يراعى قدمه...إلخ [1] ونص قانون المعاملات المدنية السـوداني على هذه القاعدة في مادته[٥/٢٨] " يرفع الضـرر العام بالضـرر الخاص ... الخ" . و تطبيقات هذه القاعدة في القانون كثيرة جدة منها على سبيل المثال المواد التي تحمي الأموال العامة والصحة العامة وصحة البيئة......إلخ كالمادة [٣/٥٦٤] " لا تمنح منفعة صناعية إلا بعد التأكد من سلامة التخلص من المخلفات الصناعية الضارة بأحسن وأسلم الطرق، ويجوز رد أي منفعة لا تتقيد بهذا القيد وتلحق أضراراً بالصحة العامة أو البيئة .

القواعد الخامسة والسادسة والسابعة :

٥. قاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"

٦. قاعدة " يختار أهون الشرين"

٧. قاعدة " إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما" [2]

---

[1] نفس المرجع ص ١٠١- ١٠٢ .

[2] اختلفت ألفاظ الفقهاء في التعبير عن هذه القواعد أو القاعدة مع اتحاد المعنى، وإليك هذه العبارات : قال ابن رجب الحنبلي:" إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون ضرورة ، وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضرراً لأن الزيادة لا ضرورة إليها فلا تباح"ق/ ١١٢ ٠ وفي الأشباه والنظائر لابن الوكيل الشافعي : " احتمال أخف المفسدتين لأجل أعظمهما " وعند ابن السبكي في أشباهه" دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما" ٤٥/١ ٠وقدعبر عنها كل من العلامة السيوطي في أشباهه" ص٩٦ وابن نجيم الحنفي في أشباهه ص ٨٩ والخادمي في قواعده ص٣١١ ومحمود حمزة في الفوائد البهية ص١٤:" إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما " أما مجلة الأحكام العدلية فقد عبر عنها في المادة ٢٧بقولها:" الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" وفي المادة٢٨" إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما " وفي المادة ٢٩ " يختار أهون الشرين" وقال العلامة المقري في قواعده ق/٢١٢ والونشريسي في الإيضاح ق/ ٤٥: "إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران ولم يمكن الخروج منهما وجب ارتكاب أخفهما " وذكرها الونشريسي في إيضاحه ق/ ١٠٧بقوله:" إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر" وفي مغني ذوي الأفهام لابن عبد الهادي ص١٨١:" يجوز ارتكاب أدنى المفسدتين لدفع أعلاهما .

هذه القواعد الثلاث وإن اختلفت صيغها مفادها واحد. ولنا أن نقول هي قاعدة واحدة عبر عنها الفقهاء بهذه الصيغ المختلفة المذكورة هنا وبما شابهها. ومضمونها: إن دار الأمر بين ضررين وكان أحدهما أخف من الآخر يرتكب الأخف تفادياً للأشد.

الأصل أن الضرر ممنوع بجميع أنواعه ، فإن كان لابد من وقوع ضرر ما يجب التخفيف منه بقدر الضرورة أما ما زاد عن الضرورة فممنوع، كما قال الإمام الزيلعي – رحمه الله-:" من ابتلي ببليتين ، وهما متساويان ، يأخذ بأيتهما شاء ، وإن اختلفتا يختار أهونهما ، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ، ولا ضرورة في حق الزيادة " اهـ [1] وقال الإمام ابن قيم الجوزية :" إذا تأملت شرائع دين الله التي وضعها بين عباده، وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان، وإن تزاحمت قُدم أهمها وأجلُّها وإن فاتت أدناهما ، وتعطيل المفاسد الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان ، وإن تزاحمت عُطّل أعظمهما فساداً باحتمال أدناهما ، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه دالة عليه ، شاهدة له بكمال علمه، وحكمته، ولطفه بعباده، وإحسانه إليهم، وهذه الجملة لا يستريب فيها من له ذوق من الشريعة، وارتضع من ثديها ، وورد صفو حوضها ، وكلما كان تضلعه منها أعظم كان شهوده لمحاسنها أكمل ، ولا يمكن أحد من الفقهاء أن يتكلم في مآخذ الأحكام وعللها والأوصاف المؤثرة فيها إلحاقاً وفرقاً إلا على هذه الطريقة " اهـ[2]

أدلة هذه القاعدة:

استدل الفقهاء لهذه القاعدة بأدلة تفيد في عمومها مراعاة الشرع لمضمون هذه القاعدة منها:

١. قوله تعالى: ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ﴾ الآية [3] ولما كانت هذه الآية نازلة بسبب ما حصل لسرية عبد الله بن جحش وقتلهم عمرو بن الحضرمي، وأخذهم أموالهم –قيل كان في شهر رجب– وهم ولم يتعمدوا انتهاك الشهر الحرام بالقتال فيه لأنه كان أو ل يوم من رجب وهم ظنوا أنهم في آخر يوم من جمادى و عاب المشركون هذا القتال في الشهر الحرام ، فبين الله تعالى : أن القتال في الشهر الحرام ممنوع ولكن ما فعله المشركون من الأعمال المخالفة للحق كثيرة و كل واحد منها أعظم من القتال في الشهر الحرام . منها : صد المشركين من يريد الإيمان

---

[1] انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩ .

[2] انظر " مفتاح دار السعادة " لابن القيم ص ٣٥٠ و ٣٦١ وذكر هذا المعنى مختصراً في زاد المعاد ٤٨٦/٣ كما ذكره في إعلام الموقعين ٣/ ٢٩٩ .

[3] سورة البقرة الآية ٢١٧.

بالله ورسوله وكفرهم الحاصل في الشهر الحرام والبلد الحرام وإخراج المؤمنين من المسجد الحرام –وهم الرسول ﷺ وأصحابه– أكبر وأعظم مما عير به المشركون المؤمنين من القتال في الشهر الحرام ، وفتنة ضعفاء المؤمنين عن دينهم كذلك أكبر من هذا القتال [1] فدلالة الآية على هذه القاعدة ظاهرة وهي أن القتال في الشهر الحرام كان ممنوعاً وضرراً ولكن الأكبر منه والأكثر ضرراً ما فعله المشركون من المخافات المتعددة . فدفع هذه الأضرار الكبيرة والمتعددة بضرر واحد وأخف من فعل واحد من أفعالهم، لا ينبغي لهم أن يلوموهم عليه.

٢. ما جاء في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة – رضي الله عنه– قال : قال رسول الله – ﷺ – : (الإيمان بضع وسبعون شعبة ، أفضلها قول: لا إله إلا الله، وأدناها إماطة الأذى عن الطريق ، والحياء شعبة من الإيمان) [2] فقد دل الحديث على أن المصالح التي أتى بها هذا الدين متفاوتة في العلو والرتبة ، فإذا كان أعلاها ممثلا في شهادة التوحيد ، وأدناها ممثلا بإماطة الأذى عن الطريق ، فإن ما بين هذين الطرفين من المصالح مندرج في العلو والنزول بينهما حسب مدى القرب والبعد إلى كل منهما [3] وكذلك المفاسد التي تقابل هذه المصالح متفاوتة ، فالمفسدة المقابلة للتوحيد وهي الشرك أعظم المفاسد ثم تليها إلى آخر هذه الشعب ، فيفهم من الحديث أن الواجب عند تزاحم المصلح تقديم الأهم ثم المهم وكذا عند تزاحم أضدادها وهي المفاسد تدفع الأعظم بالأخف .

٣. ما رواه البخاري ومسلم من حديث أنس بن مالك– رضي الله عنه–:" أن أعرابياً قام إلى ناحية المسجد فبال فيها، فصاح به الناس ، فقال رسول الله– ﷺ –: (دعوه) فلما فرغ أمر رسول الله – ﷺ – بذنوب فصبت على بوله " [4] قال الإمام النووي – رحمه الله –: " وفيه دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما لقوله ﷺ (دعوه) قال العلماء :كان في قوله ﷺ: (دعوه) لمصلحتين إحداهما: أنه لو قطع عليه بوله تضرر ، وأصل التنجيس قد حصل ، فكان احتمال زيادته أولى من إيقاع الضرر به ، والثانية التنجيس ،قد حصل في جزء يسير من المسجد، فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجست ثيابه وبدنه ومواضع كثيرة من المسجد" [5] وقال الحافظ ابن حجر في شرحه للحديث:"

---

[1] انظر تفسير ابن كثير ١/ ١١٩–١٢٠، ط٢ منقحة ١٤١٧هـ– ١٩٩٦م وفتح القدير للشوكاني ١/٢٧٥ ط١، ١٤١٧هـ ١٩٩٦م وتفسير القرطبي ٢٩/٣ ط٥، المطبعة العصرية – بيروت ١٤١٧هـ١٩٩٦م وتفسير السعدي ١/ ١٧٢ .

[2] البخاري – باب أمور الإيمان الحديث رقم ٩ ومسلم باب عدد شعب الإيمان برقم ٣٥ واللفظ له.

[3] انظر ضوابط المصلحة للبوطي ص٢٥٥ .

[4] رواه البخاري في صحيحه من حديث أنس بن مالك –رضي الله عنه–برقم ٢١٩، ٢٢١، ٦٠٢٥ ومن حديث أبي هريرة رضي الله عنه برقم٢٢٠ ومسلم برقم ٢٨٤ .

[5] صيحيح مسلم بشرح النووي ٣/ ١٩١٣٩٢هـ ١٩٧٢م .

أمرهم النبي ﷺ بالكف عنه للمصلحة الراجحة ، وهو دفع أعظم المفسدتين باحتمال أيسرهما، وتحصيل أعظم المصلحتين بترك أيسرهما" [1]

من تطبيقات هذه القاعدة في باب المعاملات:

١. إيجاب النفقات على الموسرين لأصولهم وفروعهم المحتاجين . فلو ترك هؤلاء الفقراء المحتاجين من فرض الأنفاق لهم على أموال هؤلاء الموسرين فربما هلكوا فهذا ضرر عظيم بالنسبة للضرر الذي يصيب الموسرين بسبب ما يؤخذ من أموالهم إنقاذاً لأصولهم وفروعهم من الهلاك .

٢. جواز أخذ الأجرة على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات كالإمامة والأذان، إن لم يوجد من يقوم به تطوعاً ، فالضرر في تعطيل هذه الشعائر أعظم من أخذ الأجرة عليها .

٣. إذا غرس أو بنى شخص في أرض بزعم أنه ملكها بوجه شرعي كالإرث، ثم استحقت، فإنه ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس مع قيمة الأرض فأيهما كان أكثر قيمة يمتلك صاحبه الآخر بقيمته جبراً على مالكه. لأن جبر صاحب الأرض بدفع قيمة البناء أو الغراس الذي أحدثه هذا فيه ضرر عليه ، كما أن جبر صاحب الغراس أو البناء بإزالة ما أحدثه فيه ضرر ، فلا يزال الضرر بالضرر ، فمادام لابد من ضرر فينظر إلى الأكبر منهما فيدفع بالأقل. أما لو كان صاحب البناء أو الغراس غاصباً للأرض ثم طلبها مالكها ،فإن الغاصب يؤمر بإزالة ما أحدثه ، لأنه ليس لعرق ظالم حق . بل هذا يدخل في قاعدة " الضرر يزال" إلا إذا كانت هذه الإزالة تسبب ضرراً للأرض فإن للمالك أن يمتلك ما أحدث عليها بقيمته مستحق الإزالة ، حتى لا يؤدي إلى إزالة الضرر بالضرر، ودفع قيمة ما أحدثه الغاصب مستحقا للإزالة من باب" ولا ضرار" [2].

١. " يختار أهون الشرين، فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما ويزال الضرر الأشد بالضرر الأخف ، ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً .

٢. من اضطر إلى أن يلحق ضرراً بالغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يجبر الضرر الواقع عليه

يقال: في هذه القاعدة ما قيل في أصل القاعدة. إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما ، فإذا تساويتا يختار أيهما شاء ، أما إذا كان إحداهما أشد من الآخر يدفع الأشد بالأخف. فإذا اشتعل حريق في منزل وامتد ليشمل المنازل الأخرى المجاورة جاز هدم المنزل المجاور للذي فيه

[1] فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٨٨/١ .

[2] انظر شرح المجلة للزرقاء ص١٩٩ وشرح المجلة لعلي حيدر ص٣٦ وما بعدها .

الحريق لمنع امتداد الحريق إلى منازل عدة . وإذا وقع حادث لشخص فوجدت سيارة لشخص آخر جاز إسعاف المصاب بالسيارة دون إذن صاحبها ، وفي كل الأحوال يمكن تعويض من وقع عليه الضرر الذي قصد منه تفويت الضرر الأكبر التعويض العادل كما تقدم. من شروط استعمال هذا الحق أن يكون الشخص الذي سبب الضرر للغير مهدداً هو أو غيره بخطر حال يهدد النفس أو المال.

أ. ألا يكون لإرادة الشخص الذي سبب ضرراً للغير دخلا في إيجاد هذا الخطر.

ب. أن يكون الضرر الذي أريد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع.

قاعدة" درء المفاسد أولى من جلب المصالح" [1]

معنى مفردات هذه القاعدة :

معنى الدرء في اللغة : الدفع ، ودرأت الشيء- بالهمز- درءاً: من باب دفع: دفعته، ودارأته ، وتدارءوا وتدافعوا . وفي الا صطلاح: معناه كذلك الدفع ، والفقهاء يستعملونه بهذا المعنى، كقولهم: تدرأ الحدود بالشبهات [2] والمفاسد جمع مفسدة : وهي الضرر. والمفسدة خلاف المصلحة[3] والمقصود بدرء المفاسد ، منع وقوعها وإزالتها . والمصالح : جمع مصلحة كالمنفعة لفظاً ومعنى . وهي في اصطلاح الفقهاء : المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق [4] وقيل : إنها : المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها . [5]

والمعنى العام للقاعدة : أنه في حالة تعارض المصلحة والمفسدة تدرء المفسدة بترك المصلحة إلا أن تكون المفسدة قليلة بجانب المصلحة العظيمة وذلك لأن الشرع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بفعل المأمورات ، قال ﷺ :

---

[1] انظر الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ١٠٥ والأشباه للسيوطي ص٩٧ والأشباه لابن نجيم ص٩٠ والقواعد للمقري ق/ ٢٠١ وإيضاح المسالك للونشريسي ق/ ٣٧ ومجامع الحقائق للخادمي ص٣١٩ وإعداد المنهج للشنقيطي ص٣٠٧ ومجلة الأحكام العدية م/ ٣٠ وشرح الشيخ أحمد الزرقاء ورستم للمادة والمدخل الفقهي للدكتور الزرقاء فقرة ٥٩٤ وعلم أول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص٢٠١ والوجيز للبنو ٢٦٥ والمدخل الفقهي للكردي ص٧١ والقواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين لعبد المجيد جمعة الجزائري ص٣٣٩ وشرح القواعد الكبرى للسدلان ص٥١٤ .

[2] المصباح المنير للفيومي مادة: درى والموسوعة الفقهية ٢١/ ٥،٦ وقواعد السدلان ص٥١٩ .

[3] القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً – لسعدي أبي جيب ١/ ٢٨٦.

[4] الضرورة الشرعية للزحيلي ص٥٦ .

[5] ضوابط المصلحة للبوطي ص٢٣ والسدلان ٥٢٠ .

(إذا أمرتكم بشيئ فأتوامنه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيئ فاجتنبوه)[1] لما يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي [2] . وقال الحافظ ابن حجر – رحمه الله-: " في شرح ا لحديث قال النووي" هذا من جوامع الكلم وقواعد الإسلام ويدخل فيه كثير من الأحكام ، واستدل به على أن اعتناء الشرع بالمنهيات فوق اعتنائه بالمأمورات، لأنه أطلق الاجتناب في المنهيات ولو مع المشقة في الترك، وقيد في المأمورات بقدر الطاقة"[3] " ولأن للمفاسد سرياناً وتوسعاً كالوباء والحريق : فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخر لها، فإذا كان للشيء أو العمل محاذير تستلزم منعه ودواعي تقضي تسويغه يرجح منعه، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" [4] وهذا من باب تغليب جانب الحرمة على جانب الحل بناء على قاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام أو المبيح والمحرم غلّب الحرام" [5]

وهذه القاعدة مما تقره العقول الصحيحة والفطر السليمة ، كما يقول العلامة العز بن عبد السلام – رحمه الله – : " لا يخفى على عاقل أن تحصيل المصالح المحضة ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن ، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن وأن تقديم المصلحة الراجحة على المرجوحة محمود حسن وأن تقديم درء المفاسد الراجحة على المصالح المرجوحة محمود حسن" [6].

إذا كان الأمر كذلك، فما المعيار في تحديد المصالح والمفاسد ودرجاتها حتى نرتب عليه الأحكام ترتيباً صحيحاً؟ فأقول المعيار الصحيح في معرفة المصالح والمفاسد هو ميزان الشريعة، ذلكم الميزان القسط الذي لا يميل مع الأهواء والأغراض ، ولا يعتريه جهل ولا غفلة ، لأنه من لدن حكيم حميد، فالخلق كلهم أمام عدله سواء ، شرع لهم ما يسعدهم في دنياهم وآخرتهم ، فلو ترك تقدير المصالح والمفاسد لإرادة البشر وأهوائهم ، لاختل الأمر وعم الفساد ، كما هو حال من تنكبوا عن شريعة ربهم ، فالإنسان مهما أوتي من علم وذكاء وعقل وهو عرضة للهوى والجهل والغفلة والقصور، فما يراه صلاحاً ربما يكون فاسداً والعكس،

---

[1] صحيح البخاري الحديث رقم ٧٢٨٨ وصحيح مسلم ١٣٣٧ .

[2] انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٠ وشرح القواعد للزرقاء ص٢٠٥ .

[3] فتح الباري ١٣/ ٢٦٢ .

[4] المدخل الفقهي العام للدكتور الزرقاء ٢/٩٨٥-٩٨٦ .

[5] المنثور في القواعد للزركشي ١/١٢٥ والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٠٥ والأشباه لابن نجيم ص١٠٩ .

[6] قواعد الأحكام في مصالح الأنام ١/ ٥،٧ وشرح مختصر الروضة للطوفي ٣/٢١٤-٢١٥ بتحقيق د: عبد الله التركي طبعة مؤسسة الرسالة الأولى ١٤١٠هـ .

﴿ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئاً وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ ﴾ [1] ، ﴿ وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾[2]

قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – : " القاعدة العامة" إذا تعارضت المصالح والمفاسد، والحسنات والسيئات، أو تزاحمت ، فإنه يجب ترجيح الراجح منها فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد، وتعارضت المصالح والمفاسد، بأن الأمر والنهي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة ، فينظر في المعارض له ، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأموراً به، بل يكون محرماً إذا كان مفسدته أكثر من مصلحته، لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة ، فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر ، وقلّ أن تعوز النصوص من يكون خبيراً بها وبدلالاتها على الأحكام" اهـ[3] فإن إدراك معاني المصالح والمفاسد يتوقف على فهم مقاصد الشرع فبقدر ما رسخت قدم الفقيه في استيعاب مقاصد الشريعة تتسع آفاقه في إدراك المصالح والمفا سد. قال العلامة العز بن عبد السلام: " ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له في مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص وقياس خاص ، فهم نفس الشرع يوجب ذلك . ولو تتبعنا في الكتاب والسنة لعلمنا أن الله أمر بكل خير دقه وجله وزجر عن كل شر دقه وجله " اهـ[4] فواجب المسلم أن يرضى بحكم الله وأن ينقاد له بالتسليم التام ،مع الاعتقاد الجازم بأن ما شرعه الله تعالى فأباحه أو أوجبه هو الخير النافع وما حرمه فهو ضار خبيث .

وقد تأكدت هذه الحكمة باستقراء الأحكام الشرعية وفهمها ، فإنها كلها شُرعت لتحقيق مصلحة الإنسان، إما لجلب نفع له ، أو لدفع الضرر عنه ، فما جعله الشرع مباحا مأذوناً أو واجباً مفروضاً على الإنسان فهو إما نفع له محضٌ أو أن نفعه أعظم من ضرره أو أنه محقق النفع لأكبر مجموعة من الناس، وما جعله الشرع حراماً أو مكروهاً فهو إما شر محض أو أن ضرره أعظم من نفعه أو أنه ضار بأكبر عدد من الناس يقول الإمام الشاطبي:" يجب أن يكون مقياس اعتبار المصلحة والمفسدة ، ومعيار النفع والضرر

---

[1] سورة البقرة الآية ٢١٦.

[2] سورة المؤمنون الآية ٧١.

[3] الموافقات للشاطبي ٣٥/٢و مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٢٨/ ١٢٩ طدار عالم الكتاب – الرياض السعودية ١٤١٢هـ ١٩٩١م .

[4] انظر قواعد الأحكام ٧/١ .

تقديم الشرع الحكيم ، لما في ذلك من ثبات وخلود وضمان أكبر المصالح للعباد أفـراداً وجماعات في الحيـاة الدنيا والآخرة " اهـ [1]

أدلة هذه القاعدة:

الأدلة على هذه القاعدة من القرآن والسنة كثيرة جداً منها على سبيل المثال للحصر:

١. قوله تعالى: ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ الآية [2] من المعلوم أن منفعة الخمر في الاتجار بها والانتفاع بثمنها والميسر فيما يأخذه المقامر من المقمور من مال، وإثمهما في إفساد العقل والإضرار بالصحة وإحداث الشقاق والعداوة بين الناس المؤدي إلى تفريق كلمة المسلمين، ولا شك أن هذا الإثم أكبر من ذلك النفع، فوجب درء مفسدة الإثم على جلب مصلحة النفع[3] قال الشيخ محمد رشيد رضا في قوله تعالى: ﴿ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ وهذا القول إرشاد للمؤمنين إلى طريق الاستدلال ، فكان عليهم أن يهتدوا إلى القاعدتين اللتين تقررتا في الإسلام قاعدة" درء المفاسد تقدم على جلب المصالح" وقاعدة "ترجيح ارتكاب أخف الضرر ين إذا كان لابد من أحدهما " [4] وقال الشيخ السعدي: في تفسير هذه الآية فأمر الله تعالى نبيه أن يبن لهم منافعهما ومضارهما ليكون ذلك مقدمة لتحريمهما وتحتيم تركهما، وأخبر أن إثمهما ومضارهما، وما يصدر عنهما من ذهاب العقل والمال، والصد عن ذكر الله، وعن الصلاة والعداوة والبغضاء ، أكبر مما يظنونه من نفعهما، من كسب المال بالتجارة بالخمر ، وتحصيله بالقمار والطرب للنفوس ، عند تعاطيهما ... لأن العاقل يرجح ما ترجحت مصلحته ، ويتجنب ما ترجحت مفسدته " اهـ[5].

٢. قوله تعالى: ﴿ وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [6] ففي سب معبودات المشركين مصلحة وهي تحقير هذه آلهة والتنفير منها وبيان عجزها عن الدفاع عن نفسها والانتقام ممن يسبها ، ولكن لما كان هذا السبب يفضي إلى مفسدة كبرى وهي مقابلة المشركين هذا السب لمعبوداتهم بسب الله سبحانه ، نهينا عن سب آلهتهم درءاً لهذه المفسدة . [7]

---

[1] قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ١٦٠.

[2] سورة البقرة الآية ٢١٩.

[3] انظر الوافقات للشاطبي ٢/ ٢٥ وإعلام الموقيعين للإمام ابن القيم ١/ ٣٨٨ والضرورة الشرعية لوهبة الزحيلي ص١٣-١٤ .

[4] تفسير المنار ٢/ ٢٣٢ .

[5] تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان ١/ ١٧٥.

[6] سورة الأنعام الآية ١٠٨.

[7] انظر تفسير السعدي ٢/ ٧٥ .

ومن أدلة السنة على هذه القاعدة:

١. ما جاء في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي هريرة – رضي الله عنه– عن النبي– ﷺ – أنه قال:(دعوني ما تركتكم، فإنما أهلك من كان قبلكم سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ، فإذا نهيتكم عن شيئ فاجتنبوه وإذا أمرتكم بشيئ فأتوا منه ما استطعتم)[1] استفسار النبي ﷺ في أمور الدين مصلحة ، ولكن ربما أدى بعض الأسئلة إلى افتراض ما لم يفرض ، فيسبب المشقة للأمة ، وفي هذا مفسدة ، فأرشدنا عليه الصلاة والسلام أن ندرأ هذه المفسدة . وتقدم كلام الإمام النووي في هذا الحديث .

٢. ما أخرجه البخاري ومسلم من حديث عائشة — رضي الله عنها– أن النبي ﷺ قال: (يا عائشة لولا قومك حديث عهد هم بكفر لنقضت الكعبة فجعلت لها بابين ، باب يدخل الناس منه وباب يخرجون) [2] قال الإمام ابن القيم الجوزية — معلقاً على هذا الحديث: ترك النبي – ﷺ – مصلحة بناء الكعبة على قواعد إبراهيم دفعاً لمفسدة راجحة ، وهي عدم احتمال قريش لذلك لقرب عهدهم بالإسلام، وكانوا حديثي عهد بكفر" اهـ[3]

من تطبيقات هذه القاعدة في المعاملات:

١. منع الاتجار في المحرمات كالخمر والمخدرات وغيرها ولو أن فيها أرباحاً ومنافع مالية، لما يقابلها من أضرار عقلية ودينية وصحية واجتماعية.

٢. منع صاحب الدار من فتح نافذة تؤدي إلى كشف دار جاره .

٣. منع صاحب الملك من التصرف في ملكه بما يضر بالآخرين.

٤. الحجر على المفلس رغم ما فيه من مضرة في حقه ولكنه شرع درءاً لمضرة الغرماء [4]

---

[1] صحيح البخاري رقم ٧٢٨٨ – باب الاعتصام بالسنة ومسلم رقم ١٣٣٧ ، باب الحج.

[2] أخرجه البخاري في الحج باب فضل مكة وبنيانها رقم ١٥٨٦ ومسلم الحج باب نقض الكعبة وبنائها رقم ١٣٣٣ والنسائي في المناسك رقم ٢٩٠٠، ٢٩٠٣ والترمذي في الحج باب ماجاء في كسر الكعبة رقم ٨٧٥ والدارمي في المناسك باب الحجر من البيت ٢/ ٥٣-٥٤ وابن ماجه في المناسك باب الطواف بالحج ٢٩٥٥ .

[3] إعلام الموقعين ٣/ ٧٠٦ بتصرف يسير .

[4] انظر شرح القواعد للزرقاء ص٢٠٥-٢٠٦.

الفصل الخامس

قاعدة " العادة محكّمة " [1]

وفيه المباحث التالية:

1. مدخل في بيان أهمية هذه القاعدة .
2. شرح القاعدة وبيان مدلولها في اللغة والاصطلاح .
3. الأدلة على اعتبار هذه القاعدة .
4. أنواع العرف والعادة .
5. العرف والعادة أمام النصوص الشرعية .
6. شروط اعتبار العرف والعادة.
7. بعض الأمثلة التطبيقية والمسائل الفقهية على القاعدة .
8. القواعد الفرعية المندرجة تحت هذه القاعدة وتطبيقاتها .

1. مدخل في بيان أهمية هذه القاعدة:

للعرف والعادة أثر كبير في فهم الأحكام الشرعية ولا سيما في باب المعاملات، فأغلب مناط الأحكام الشرعية في المعاملات مبناها العرف والعادة.

عندما بُعث رسول الله – ﷺ – هادياً وموجهاً للبشرية ،كانت للناس قيماً وأعرافاً ، فأخضع الإسلام تلك القيم والأعراف لموازينه ، فأقر منها ما كانت صالحة ونافعة وحضهم عليها ، وأبطل الفاسد من تلك الأعراف والقيم ،وأبدلهم بما يحقق لهم الصلاح والخير. ومن هنا تتبين أهمية العرف كعنصر للتشريع ولا سيما فيما لا نص فيه من القضايا والتصرفات، وهذا هو سر اهتمام فقهاء الإسلام بمباحث العرف ومسائله وإطالة النفس في شرحها وبيان تطبيقاتها ، فما من مؤلف في قضايا التشريع أصولا أو فروعاً إلا

[1] انظر الأشباه والنظائر لابن الوكيل ١٥٦/١ والأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ٥٠ والأشباه للسيوطي ص٩٩ والأشباه لابن نجيم ص٩٣ ومختصر قواعد العلائي لابن الخطيب ٣٥٢/١، ٣٧١و٢/ ٦٠٠ والنثور في القواعد للزركشي ٢/ ٣٥٦ والمحلى على جمع الجوامع مع حاشية العطار ٣٩٩/٢ وحاشية البناني ٣٥٦/٢ والقواعد للمقّري ق/١١٧ ونشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف لابن عابدين ١١٤/٢– رسائله– ومجامع الحقائق للخادمي ص٣٠٨و٣٢٤ والموافقات للشاطبي ٢/ ٢٨٦ والرائد البهية لمحمود حمزة ص٢٩ وقواعد السعدي ص٣٨ وشرح تنقيح الفصول للقرافي ص٤٤٨وعلم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص٩٠ ومجلة الأحكام العدلية م/٣٦ والمدخل الفقهي العام للدكتور الزرقاء فقرة ٦٠٤ والمدخل الفقهي للكردي ص٥٩ والوجيز للبرنو ص٢٧٠ والقواعد للندوي ص٢٩٣ وشرح القواعد الكبرى للسدلان ص٣٢٥ والقواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين لعبد المجيد جمعة الجزائري ص٣٤٧ وقانون المعاملات المدنية السوداني [م/٥/ج] .

واعتنى بمباحث العرف وقواعده ومسائله . قال الدكتور الزرقاء – رحمه الله –: "الأفعال العادية وإن كانت أفعالا شخصية حيوية ، وليست من قبيل المعاملات والعلائق المدنية والحقوقية إلا أنه عندما يتعارفها الناس وتجري عليه عادات حياتهم يصبح لها تأثير وسلطان في توجيه أحكام التصرفات ، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقتضي العادة " اهـ[1]

ويقول الدكتور السيد صالح عوض: " ولما رأى الفقهاء اعتبار العرف والعادة في التشريع وبناء الأحكام عليها، لم يغفلوا ذلك وهم يقعّدون القواعد ويخرجون الفروع والمسائل المفرعة على هذه القواعد، فقد ذكروا قواعد كثيرة تتعلق بالعرف وتحكيمه في الوقائع والتصرفات...... من هذه القواعد، قاعدة " العادة محكّمة " [2]

بل هذه القاعدة هي أصل قواعد العرف ويتفرع عنها جميع قواعد العرف ومسائله وتطبيقاته التي لا تحصى ، التي تدل على سعة آفاق الفقه الإسلامي وكفآته في تقديم الحلول الناجعة للمسائل والقضايا المستجدة ، ومسايرته لركب الحياة، وصلاحيته لكل الأزمنة والأمكنة ، وهذا من عوامل خلود هذه الشريعة، يقول الإمام الشاطبي في معرض بيان أهمية العرف في التشريع–: " إنه لولا أن اطراد العادات معلوم لما عرف الدين من أصله فضلا عن تُعرف فروعه ، لأن الدين لا يُعرف إلا عند الاعتراف بالنبوة ، ولا سبيل إلى الاعتراف بها إلا بواسطة المعجزة ، ولا معنى للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة، ولا يحصل الفعل الخارق للعادة إلا بعد تقرير اطراد العادة في الحال والاستقبال كما اطردت في الماضي" اهـ[3]

ويقول العلامة ابن عابدين:"والعرف في الشرع له اعتبار، لذا عليه الحكم يدار" ويقول:" واعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا: تُترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة. وفي شرح الأشباه للبيري الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي . وفي المبسوط للسرخسي : الثابت بالعرف كالثابت بالنص"اهـ[4] وتأتي هذه الأهمية للعرف في التشريع لما للأعراف من سلطان في نفوس أهلها ، نظرهم إليها بعين الاحترام والإجلال حتى أصبح من الصعوبة بمكان تحويلهم عنها، وهذا التأثير للعرف سيظل متجدداً ما كان في الناس أعراف وعادات وما تجددت الحياة ووسائل الإنتاج ونمط العلاقات الاجتماعية .

٢. شرح القاعدة وبيان مدلولها اللغوي والاصطلاحي:

[1] المدخل الفقهي العام ٣/٨٣٦ .
[2] أثر العرف في التشريع الإسلامي ص٤٤٨-٤٤٩ .
[3] الموافقات ٢/ ٢٨٠-٢٨١ ط مكتبة الرياض الحديثة – الرياض – السعودية .
[4] رسائل ابن عابدين ٢/١١٤-١١٥.

"العادة" في اللغة مأخوذة من العود أو المعاودة. بمعنى التكرار، وهي اسم لتكرير الفعل أو الانفعال، حتى يصير سهلا تعاطيه، ولذا قيل:العادة طبيعة ثانية.أي كطبيعة الأشياء التي لا تتغير، كطبيعة البطش لليد والنطق للسان. وفي لسان العرب "العادة ، الديدن" [١] وقال الحموي : مادة العادة تقضي تكرار الشيئ تكراراً كثيراً حتى يخرج عن كونه واقعاً بطريق الاتفاق ، ولذلك كان خرق العوائد لا يجوز إلا في معجزة نبي أو كرامة ولي" [٢] وذكر العلماء أن التصرف حتى يكون عادة لا بد من تكراره ثلاث مرات على الأقل أما كلمة " محكّمة" اسم مفعول من التحكيم، ومعنى التحكيم القضاء والفصل بين الناس -أي أن العادة والعرف هو المرجع للفصل عند التنازع فيما لا نص فيه من المنازعات. [٣] والعرف: هو المعروف من الإحسان، والمعروف اسم لكل فعل يُعرف بالعقل أو الشرع حسنه. وهو يقابل المنكر، ولهذا قيل: " الاقتصاد في الجود معروف" لما كان مستحسنا في الشرع والعقل [٤] وقال الشريف الجرجاني:" العرف ما استقر في النفوس بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول، وكذا العادة " [٥] أما معنى العادة في الاصطلاح فهو يختلف عند الأصوليين عنه عند الفقهاء ، حيث عرّفها الأصوليون : بأنها " الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية "[٦] أي ألا يكون التكرار ناشئاً عن علاقة عقلية –كتحرك الشجر كلما هب عليه الريح . فحركة الشجر عند هبوب الريح عليه ناشئ عن تلازم عقلي وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول ، وليس ناشئاً عن ميل الطبع. أما الفقهاء فقد عرفوها: بأنها عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة [٧] فكون العادة ، الأمر المتكرر ، متفق عليه بين الأصوليين والفقهاء . والأمر المتكرر يشمل كل حادث متكرر، لأن لفظ الأمر من أوسع الألفاظ في اللغة عموماً وشمولا [٨].

أما الفرق بين تعريف الأصوليين والفقهاء للعادة يتمثل في الآتي:

١. الأصوليون يشترطون في التكرار أن يكون عن ميل الطبع لا عن تريب العلة على المعلول. الفقهاء لا يشترطون في التكرار أن يكون عن ميل الطبع، فما كان عن تلازم عقلي يعتبر عند الفقهاء من العادة.

---

[١] لسان العرب لابن منظور ٩٥٩/١ .

[٢] غمزعيون البصائر للحموي ٢٩٥/١ والمنثور للزركشي ٣٥٨/٢ .

[٣] الوجيز للبرنو ص٢٧٣ .

[٤] المفردات للراغبي ص٣٣١-٣٣٢ بتصرف .

[٥] تعريفات الجرجاني ص١٥٤ .

[٦] التقرير والتمييز شرح التحرير ابن أمير الحاج ٣٨٢/١.

[٧] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣ .

[٨] انظر الوجيز للبرنة ص٢٧٤ .

٢. الأصـــوليون لا يشـــترطون في العادة أن تكون مقبولة لدى الطباع الســـليمة، في حين أن الفقهاء يشترطون ذلك .

معنى القاعدة اصطلاحاً:

تعتبر العادة حكماً لإثبات حكم شرعي فيما لا نص فيه من التصرفات أو في تخصيص نص عام وفي التصرفات التي بُنيت أدلتها الشرعية على العرف والعادة[١].

معنى هذا التعريف: يعتبر العرف دليلا شـرعيا على الحكم من حل أو تحريم أو صـحة أو فسـاد أو واجب أو مسـتحب...إلخ في القضـايا التي لم يرد فيها نص شـرعي صـريح، أو أن أصـل النص الشـرعي ورد ابتداء وفق عرف معتبر ، كاعتبار سكوت البكر عند استئذانها بالنكاح، كما سيأتي.

٣. الأدلة على اعتبار هذه القاعدة:

الأدلة على هذه القاعدة من الكتاب والسنة كثيرة جداً منها:

أ. قوله تعالى: ﴿ وَعَاشِـــرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [٢] قال الإمام القرطبي: العرف:المعروف، والعادة، كل فعلة حسـنة ترضـيها العقول ، وتطمئن إليها النفوس [٣]. فقد أرشـد الله تعالى الزوجين بحسـن العشـرة وأداء كل منهما ما عليه من الواجبات نحو الآخر وفق المعروف المعتاد في مجتمعهم، ولا شـك أن المعروف والعادة تختلف باختلاف الزمان والمكان والأحوال ، فهذا من سـر صـلاحية هذه الشـريعة لكل زمان ومكان ، إن شريعة الله جاءت لإسعاد العباد كافة باختلاف بيئاتهم وأزمانهم وأحوالهم ، فلو فرض عليهم نمط واحد من الأحكام في معاملاتهم لكان فيه الحرج والمشـــقة . فدفعاً للحرج ، أمر الله كل قوم أن يعمل بعرفه بما يحقق العدل والاسـتقرار، دون خروج على المبادئ الشـــرعية الثابتة، وهذا من فضل الله على عباده، ورحمته بهم.

ب. قوله تعالى : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ٤ قال الشـــيخ الســـعدي – رحمه الله–: أي للنساء على بعولتهن من الحقوق واللوازم مثل الذي عليهن لأزواجهن في الحقوق اللازمة والمستحبة، ومرجع الحقوق بين الزوجين إلى المعروف ، وهو العادة الجارية في ذلك البلد، وذلك الزمان من مثلها لمثله . ويختلف ذلك باختلاف الأزمنة والأمكنة، والأحوال والأشـــخاص والعوائد . وفي هذا دليل

---

[١] شرح المجلة للأتاسي ١/ ٧٨ .

[٢] الآية ١٩ من سورة النساء .

[٣] تفسير القرطبي ٧/ ٣٤٦ وانظر إعلام الموقعين لابن القيم ١/ ٣٧٣ وقواعد الندوي ص٢٩٤ .

[٤] سورة البقرة الآية ٢٢٨ .

على أن النفقة والكسوة والمعاشرة والمسكن وكذلك الوطء الكل يرجع إلى المعروف، وهذا موجب العقد المطلق، وأما مع الشرط على شرطها، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً اهـ[1]

في الآيتين دليل على أن العرف معتبر في الشرع إذا خلا من الموانع.

ج. قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [2] احتج كثير من أهل العلم بهذه الآية على حجية العرف، وأنه الفيصل في النزاع فيما لا نص فيه قال العلامة القرافي– عن اختلاف الزوجين في متاع البيت– :أن القول لمن شهدت له العادة . ولنا قوله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية ، إلا أن يكون هنا ك بينة" اهـ[3] واحتج العلائي بالآية في حكم القضاء بالعرف، قائلاً قال الله تعالى : ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ إذا العادة غلبت معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها عملت بها " اهـ[4] وقال الإمام جلال الدين السيوطي : قوله تعالى : ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ قال ابن فارس: معناه اقض بكل ما عرفته النفوس ولا يرده الشرع، وهذا أصل القاعدة الشرعية باعتبار العرف، وتحتها مسائل كثيرة لا تحصى"اهـ [5]

د. قوله تعالى: ﴿ لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ....﴾ [6] دلت الآية على أن مرجع تحديد كفارة اليمين بالطعام أو الكسوة نوعاً وقدراً إلى العرف، وكذا كل كفارة بالإطعام. قال الإمام الطبري – رحمه الله–: وأولى الأقوال في تأويل قوله: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ عندنا، قول من قال: من أوسط ما تطعمون أهليكم في القلة والكثرة ، وأن أحكام رسول الله ﷺ في الكفارات كلها وردت بذلك، وذلك كحكمه – ﷺ – في الحلق من الأذى بفرق[7] من طعام بين ستة مساكين ، لكل مسكين نصف صاع اهـ[8] وذكر الإمام ابن تيمية – في معرض بيانه لفدية المحرم

---

[1] تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان ١/١٨٣.

[2] الأعراف الآية ١٩٩ .

[3] الفروق ٣/ ١٩٤ .

[4] معين الحكام للطربلسي ١٦١ .

[5] الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ص٣٢ ط: دار الكتب العلمية لبنان .

[6] سورة المائدة الآية ٨٩ .

[7] قال الزمخشري : –الفرق– هو أن يأخذ ستة عشر رطلا، وفيه لغتان – تحريك الراء وهو الفصيح وتسكينها.انظر الفائق في غريب الحديث، تحقيق محمد على البجاوي، ط عيسى البابي الحلبي ٣/١٠٤ .

[8] جامع البيان في تأويل آي القرآن – تحقيق وتعليق محمود محمد شاكر ،مراجعة وتريج أحمد محمد شاكر ط.مصر دار المعارف ١٠/ ٥٤٣ .

وبيان ما هو الأفضل في الإطعام في هذه الكفارة وفي سائر الكفارات قائلا: " والواجب في ذلك كله ما ذكره الله تعلى في قوله: ﴿ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ ﴾ فأمر الله تعالى بإطعام المساكين من أو سط ما يطعم الناس أهليهم ، وقد تنازع العلماء في ذلك ، هل ذلك مقدر بالشرع أو يرجع فيه إلى العرف؟ وكذلك تنازعوا في النفقة . نفقة الزوجة، والراجح في هذا كله أن يُرجع فيه إلى العرف، فيطعم كل قوم مما يطعمون أهليهم ولما كان كعب بن عجرة ونحوه يقتاتون التمر ، أمره النبي ﷺ أن يطعم فرقاً من التمر بين ستة مساكين اهـ[1] والمنقول عن الصحابة والتابعين هذا القول ، ولهذا كانوا يقولون : الأوسط خبز ولبن ، خبز وسمن، خبز وتمر والأعلى خبز ولحم . وهذا القول هو الصواب الذي يدل عليه الكتاب والسنة والاعتبار، وهو قياس مذهب أحمد وأصوله، فإن أصله أن ما لم يقدره الشارع فيرجع فيه إلى العرف، لا سيما مع قوله تعالى: ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ وأن العبرة بالعرف في كل حال من الأحوال الرخص والغلاء والإعسار واليسار والصيف والشتاء وغير ذلك" اهـ[2] .

٥. قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلاةِ الْعِشَاءِ ثَلاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ...﴾ [3] في هذه الآية أو جب الله تعالى الاستئذان على المماليك والصغار المميزين من أهل الدار عند الدخول في البيت في هذه الأوقات المنصوص عليها في الآية لما اقتضت عادة الناس الابتذال ووضع الثياب والخلوة بأهليهم فيها . ولا يريدون دخول أحد عليهم ، والحكم يدور مع علته ، فإذا اعتاد الناس أن يضعوا ثيابهم ويخلوا للراحة في أوقات غير الذكورة في الآية كان حكمها كحكم المذكورة في الآية . لأن هذا النص قرر حكما بُني على عرف، ولا يمنع تغير الأحكام بتغير الأعراف مما ليس فيه مخالفة شرعية، كما سيأتي. قال الإمام العلائي :" أمر الله بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتذال ووضع الثياب ، فابتنى الحكم الشرعي على ما كانوا

---

[1] مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٦/ ١١٢- ١١٤ .

وما أشار إليه شيخ الإسلام من قصة كعب بن عجرة. قال الطبري في تفسير قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذىً مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾ الآية ١٩٦ البقرة. وقد تظاهرت الأخبار عن رسول الله ﷺ أن هذه الآية نزلت عليه بسبب كعب بن عُجرة : إذ شكى أذى برأسه من صبئانة – أي بيض القمل– وذلك عام الحديبية " انظر جامع البيان في تأويل آي القرآن ٥٨/٤ وروى مسلم في صحيحه من حديث كعب بن عجرة – رضي الله عنه– أن رسول الله ﷺ مر به زمن الحديبية ، فقال له:آذاك هوام رأسك؟ قلت: نعم. فقال: احلق رأسك ، ثم اذبح شاة نسكاً أو صم ثلاثة أيام أو أطعم ثلاثة آصع من تمر على ستة مساكين" صحيح مسلم – كتاب الحج –٧٦١/٨

[2] مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤٩/٣٥-٣٥٢ . وانظر أحكام القرآن للجصاص ٤٨٧/١ وقواعد السدلان ص ٣٤٠.

[3] سورة النور الآية ٥٨.

يعتادونه"اهـ [1] وقد ذكر هذا المعنى الإمام القرطبي في تفسيره للآية بقوله:أدب الله عباده في الآية... وأمرهم أن يستأذنوا على أهليهم في هذه الأوقات الثلاثة، وهي الأوقات التي تقتضي عادة الناس الانكشاف...إلخ " [2]

أما أدلة حجية العرف من السنة فكثيرة أيضاً. منها:

١. ما رواه البخاري ومسلم في صحيحهما من حديث أم المؤمنين عائشة – رضي الله عنها– :أن هنداً بنت عتبة – رضي الله عنها– قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال رسول الله – ﷺ –: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) [3] قال الإمام النووي : في هذا الحديث فوائد –ذكر منها– اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي اهـ [4] وقال الإمام العز بن عبد السلام:" من أدلة العرف قوله ﷺ : (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف) ولم تكن هند عارفة بكون المعروف مدين في حق الغني ، ومداً في حق الفقير، ومداً ونصفاً في حق المتوسط، وقد نص الله على أن الكسوة بالمعروف في قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [5] وكذلك السكن، وماعون الدار يرجع فيها إلى العرف من غير تقدير ، والغالب في كل ما وُردّ في الشرع إلى المعروف ، أنه غير مقدر، وأنه يُرجع فيه إلى الشرع أو إلى ما يتعارفه الناس " اهـ[6] يُفهم من هذا أن العرف المعتبر هو عرف كل مجتمع في واقع حياته ، فما كان معروفاً في وقت ما في تقدير النفقة ليس من الضروري أن يكون نفس التقدير هو المعروف في كل الأوقات ،كما أن هذا التقدير يختلف في الوقت الواحد من مجتمع إلى آخر بل من شخص لآخر، وهذا ما أشار ليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلا مَا آتَاهَا ﴾ [7] وقال العلامة الأسنوي :إن ما ليس له ضابط في الشرع ولا في اللغة يُرجع إلى العرف . [8]

---

[1] المجموع الذهب في قواعد المذهب – انظر قواعد الندوي ص٢٩٧ .

[2] تفسير القرطبي ١٢/ ٣٠٤ .

[3] صحيح البخاري رقم الحديث ٥٣٦٤ وصحيح مسلم برقم ١٧١٤ .

[4] شرح النووي على صحيح مسلم ٢/ ٧–٨ .

[5] سورة البقرة الآية ٢٣٣ .

[6] قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٦١/١ .

[7] سورة الطلاق الآية ٧ .

[8] انظر قواعد الندوي ص٢٩٦ .

٢. عن عائشة – رضي الله عنها– قالت:– في قول الله تعالى ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [١] نزلت في ولي اليتيم الذي يقيم عليه ويصلح في ماله، إن كان فقيراً أكل منه بالمعروف " اهـ [٢] وقد ترجم الإمام البخاري لهذا الأثر بقوله: باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن ، وسنتهم على نياتهم ، ومذاهبهم المشهورة [٣] قال العلامة ابن المنيّر [٤]معلقاً على ترجمة البخاري للأثر السابق: مقصود البخاري بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف ، وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ اهـ [٥] .

٣. قال عبد الله بن مسعود –رضي الله عنه–: " مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، ومارآه قبيحاً فهو عند الله قبيح" [٦] وفي بعض الروايات : "المؤمنون " بدل المسلمون [٧] . اعتبر كثير من أئمة الفقه هذا الأثر هو أصل قاعدة " العادة محكّمة"[٨]

٤. أنواع العرف والعادة:

---

[١] سورة النساء الآية ٦ .

[٢] صحيح البخاري برقم٢٢١٢ .

[٣] فتح الباري شرح صحيح البخاري ٤٥٠/٩ .

[٤] ابن المنير : هو العلامة ناصر الدين أبو العباس أحمد بن منصور بن محمد الجذامي الجروي الاسكندراني الأبياري الملكي المعروف بابن المنيّر ، قاضي الاسكندرية ، وخطيبها ، وفاضلها، ولد سنة ٦٢٠هـ وكان إماماً بارعاً في الفقه ورسخ فيه وفي الأصلين والعربية وفنون شتى ،له باع طويل في علم التفسير والقرآت ، مات في أول ربيعالأول سنة٦٨٣هـ ، وله تآليف حسنة منها: تفسير القرآن المسمى بالبحر الكبير في نخب التفسير والانتصاف من الكشاف وله تأليف على تراجم البخاري. انظر فوات الوفيات رقم٥٥ ص١٤٩-١٥٠وطبقات المفسرين للداودي ٨٨/١-٩٠ رقم٨٢ والديباج المذهب ص٧١-٧٤ وشجرة النور الزكية رقم٦٢٥ .

[٥] فتح الباري ٤٥٠/٩ .

[٦] أخرجه الإمام أحمد في المسند ٣٧٩/١ والطبراني في الكبير ١١٨/٩ والبزار في رفع الأستار ٨١/١ وأبوداود الطيالسي في مسنده ٢٤٦ وعنه البيهقي في الاعتقاد ص٣٢٢ والخطيب في الفقه والمتفقهة ١٦٦/١-١٦٧ والألباني في السلسلة الضعيفة ١٧/٢ وقد رُوي مرفوعا أخرجه الخطيب البغدادي في تاريخه ١٦٥/٤ عن أنس به وقال تفرد به النخعي وهوسليمان بن عمرو وهو كذاب ، قال أحمد يضع الحديث وقال البخاري متروك. انظر ترجمته في ميزان الاعتدال للذهبي ٢١٦/٢ وسلسلة الآحاديث الضعيفة للألباني رقم ٥٣٢ وقد أكد الحافظ ابن حجر أن الحديث موقوف على ابن مسعود ولم يصح رفعه. " موافقة الخبر أصول الأثر" ٤٣٥/٢ كما أكد ذلك الإمام السخاوي في المقاصد الحسنة رقم ٥٧١ .

[٧] انظر القواعد المستخرجة من إعلام الموقعين للجزائري ٣٥١ .

[٨] انظر القواعد الكبرى للسدلان ص٣٤٢ .

ذكر بعض الفقهاء تقسـيمات متعددة للعرف والعادة حسـب الاسـتعمالات الفقهية وكيفية الاستدلال بها . ولكن بعد الاستقراء لهذه التقسيمات يمكن حصرها في أربعة أنواع وهي:

أ. العرف الذي يكون دليلا على مشروعية الحكم ظاهراً.

ب. العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث.

ج. العرف المنزل منزلة النطق بالأمر المتعارف .

د. العرف القولي [1] .

أ. الأول : العرف الذي يكون دليلا على مشروعية الحكم ظاهراً .

وهو العرف الذي يُعتبر دليلا مباشـراً للحكم فيما نُص فيه. قال القرافي : إن أدلة مشـروعية التصرفات تسعة عشر دليلاً وذكر منها العوائد[2] . وقال فخر الدين الزيلعي : إن دليل مشروعية المضاربة ، فإنه ﷺ بُعث والناس يتعاملون بها فتركهم ولم ينههم وتعاملها الصـحابة من بعده اهـ [3] وقال الإمام السرخسي –في البيوع-:وإن كان فيها شرط لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر ، فذلك جائز أيضاً كما لو اشـترى نعلا وشـراكاً على أن يحوزه البائع ، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شـرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً . اهـ [4] .

ب. الثاني: العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث.

وهذا النوع من العرف له أهمية بالغة في تطبيق الأحكام الكلية العامة كأحكام التعزير كماً ونوعاً وسـبباً، ومقادير النفقة وأجل السـلم وأنواع الطعام في الكفارات وغيرها. قال تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْـوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [5] فالآية دليل عام على وجوب النفقة والكسـوة . ولكنها لم تحدد مقدار ونوع هذه النفقة، وإنما يرجع في ذلك إلى العرف الذي يختلف من زمن إلى آخر ومن مكان إلى مكان وحسب أحوال الناس، من فقر وغنى، وهذا من فضل الله على العباد، ودليل سماحة شـريعته الخالدة. ولذا قال أهل العلم: يجب على القاضي والمفتي إذا عرض عليه مثل هذه القضايا، أن يتعرف على عوائد أطراف النزاع [6] .

---

[1] انظر " العرف والعادة في رأي الفقهاء " د: أحمد فهمي أبو سنة ص٢٧ ط الأزهر ١٩٤٧م .

[2] تنقيح الفصول للقرافي ص١٥٨ .

[3] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥/٥١-٥٢ ط دار المعرفة –لبنان .

[4] المبسوط ١٣/١-١٤ .

[5] سورة البقرة الآية ٢٣٣.

[6] انظر شرح القواعد الكبر للدكتور السدلان ص٣٧٣ .

ج. الثالث: العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف.

فهو العرف الجاري مجرى النطق بين الناس، فهو بمثابة نطق المتصـــرف عاقداً أو حالفاً أو غيرهما بما يفيد مضـــمونه ، مثل أن يكون العرف في الأســواق أن ينقل البائع المبيع إلى مكان المشــتري فيجب العمل بمثل هذا العرف لأنه بمثابة الشرط الصريح في العقد. قال الإمام العز بن عبد السلام: فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صـــريح الأقوال في تخصـــيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما... منها الإذن في التقاط كل حقير جرت العادة أن مالكه لا يعرج عليه ولا يلتفت إليه، فإنه يجوز تملكه والارتفاق به لاطراد العادات ببذله، وفيها اندراج الأشـجار والأبنية في بيع الدار ، ولو لم يصـرح البائع بذلك بناء على العرف الغالب فيه واندراجهما في بيع الأراضـي ومنها حفظ الودائع والأمانات في حرز مثلها ، فلا تُحفظ الجواهر والذهب والفضة بأحراز الثياب والأحطاب تنزيلاً للعرف منزلة تصريحه بحفظها في حرز مثلها...إلخ[1] .

وقال الشيخ محمد صديق البرنو :وكذا كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط فيه ولا في اللغة ، يُرجع إلى العرف" [2] ،هذه الأنواع الثلاثة من العرف تدخل تحت مسمى العرف العملي .

د. النوع الرابع من العرف:

العرف القولي: وهو أن يشـــيع بين الناس اســـتعمال بعض التراكيب والألفاظ في معنى معين بحيث يتبادر إلى الفهم ذلك المعنى عند الإطلاق ، بلا قرينة ولاعلاقة عقلية، وهذا النوع من العرف معتبر با تفاق أهل العلم ويقتضـــي هذا العرق تحميل كلام كل متكلم على عرفه ســـواء كان ذلك في خطاب الشـــارع أو تصرفات الناس. فلفظ الصلاة يطلق في اللغة على الدعاء وفي عرف الشارع على أقوال وأفعال مخصوصة، فإذا أطلق لفظ الصـــلاة يحمل على عرف الشـــرع، وكذا الزكاة والحج والصـــوم، كذلك في ألفاظ الناس في عقودهم وغيرها، تُحمل على أعرافهم ،كاســـتعمال الناس، لفظة دراهم بمعنى النقود الرائجة في بعض البلاد سواء كانت ورقية أو معدنية ، مع أن الأصل في الدرهم أنه نقد فضي مسكوك بوزن معين وقيمة محددة [3] .

---

[1] قواعد الأحكام ١٢٦/٢ وانظر العرف والعادة لأبي سنة ص٥٢.

[2] الوجيز للبرنو ص٢٨١ .

[3] انظر المدخل الفقهي العام ٢/ ٨٤٦-٨٤٧.

وينقسم العرف باعتبار مصدره إلى عام وخاص.

فالعام ما يشترك فيه غالب الناس في جميع الأزمنة والأمكنة والبيئات كبيع المعاطاة[1] أما الخاص ما يختص أهل بلد أو فئة من الناس، كأن يتعارف أهل بلد في أسواقهم أن ينقل البائع المبيع إلى مكان المشتري . وكعرف التجار فيما يعدّ عيباً مؤثّراً في المبيع .

وينقسم العرف إلى عرف صحيح معتبر وعرف فاسد باطل.

فالصحيح ما لا يخالف الشرع ولا يعود بالضرر على أهله، كتعارف البعض وقف بعض المنقولات، وتقديم الهدايا عند الخطبة، وتقسيم المهر إلى مؤجل ومعجل.

والفاسد ما خالف الشرع وعادعلى أهله بالضرر، كتعارف بعض الناس التعامل ببعض المعاملات المالية الربوية والبيوع الفاسدة ، قال الشاطبي : العوائد المستمرة ضربان:

الضرب الأول: العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً أو نهى عنها تحريماً أو كراهة، أو أذن فيها فعلا أو تركاً .

والضرب الثاني هو : العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه و لا إثباته دليل شرعي ، فهذا النوع ما هو ثابت وما هو متغير ، وما كان في بلد حسناً ربما كان قبيحاً في بلد آخر " اهـ [2]

---

[1] نظرية العرف للخياط ص٢٧ .

[2] بتصرف٣/ الموافقات ٢/ ٢٠٩-٢١١.

العرف أمام النصوص الشرعية .

فالعرف أمام النصوص الشرعية ينقسم إلى قسمين :

١. أن يتفق مع هذه النصــوص . وهذا يجب العمل به إلتزاماً بالدليل، وهو أصـــل المشـــروعية، والعرف يستأنس به.

٢. أن يختلف مع النصوص الشرعية ، وله في ذلك حالات :

الحالة الأولى: أن تكون المخالفة من كل وجه. فهنا يجب تركه سواء كان عرفاً عاماً أو خاصاً وسواء كان عرفاً قديماً أو محدثاً، كاعتياد بعض الناس التعامل ببعض البيوع المنهي عنها كبيع العينة [١] والتعامل بالربا . قال الدكتور مصطفى الزرقاء – رحمه الله– إنما يُعمل بالعرف في حدود الحرية التي تُركت للمكلفين في ميادين الأعمال والالتزامات دون الحالات التي تولى الشرع بنفسه تحديد الأحكام على سبيل الإلزام، وإلا لأمكن أن تقلب الأعراف على مر الزمن أسس التشريع كلياً رأساً على عقب فتترك الشريعة بتاتاً، فالنص الخاص في الأمر هو المعتبر ولو صادمه عرف أو اتفاق على خلافه فلا يعتبر" اهـ [٢] ويستثنى مما ذُكر إذا كان النص الشرعي بني على عرف قائم ومعللاً به، فهنا يتغير الحكم الذي جاء به النص المبني على العرف بتغير العرف. من أمثلة هذه الأحكام ما جاء في قوله ﷺ : (الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها) [٣] فقد ذكر العلماء :أن علة اعتبار سكوت البكر بمثابة الرضاء لما للبكر من الحياء المانع لها من الإفصاح عن رغبتها في الزوج. فلو تغير هذا العرف فأصبح مألوفاً أن تعبر البكر عن رغبتها صراحة، يتغير الحكم بأن يشترط في رضاها صريح العبارة بدل السكوت. وقد تقدم الكلام عن حكم الاستئذان من خدم البيت والصغار في الأوقات التي هي مظنة وضع الثياب والابتذال، وهو من أمثلة هذا النوع من الحكم. ومن الأمثلة المختلف فيها بين أهل العلم — الأعيان الربوية التي نص عليها الحديث النبوي في قولهﷺ :(الذهب بالذهب والفضة بالفضة البر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل...الحديث)[٤] فالذهب والفضة يمثلان الموزونات والبر والشعير والتمر والملح تمثل المكيلات، فعند جمهور الفقهاء لايجوز بيع الوزني بجنسه إلا وزناً

[١] بيع العينة هو أن يكون الشخص في حاجة إلى نقود فيشتري سلعة بثمن مؤجل ، ثم يبيعها للبائع أو لوكليه بثمن أقل نقداً، وهونوع من التحايل على الربا ،وهومحرم في مذاهب الأئمة أبي حنيفة ومالك وأحمد، لحديث ابن عمر عن رســول الله:([إذا تبايعتم بالعينة وتبعتم أذناب البقر واكتفيتم بالزرع وتركتم الجهاد في سبيل الله ، سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه عنكم حتى تعودوا إلى دينكم] رواه ابو داود– في باب الربا. وانظر فقه السنة لسيد سابق ٢٨٧/٣–٢٨٨ ط٢ ١٤١١هـ–١٩٩٠م.

[٢] المدخل الفقهي العام د. الزرقاء ٨٨٨/٢–٨٨٩ بتصرف.

[٣] سنن ابن ماجه ٣٤٥/١رقم١٨٧٧ .

[٤] رواه البخاري في صحيحه من حديث أبي بكرة برقم٢١٧٥ ومن حديث أبي سعيد برقم٢١٧٦، ٢١٧٨، ٢١٧٧وراه مسلم من حديث عبادة بن الصامت انظر مختصر صحيح مسلم للمنذري رقم٩٤٩ .

ولا بيع الكيلي بجنسه إلا كيلاً لأن النص ورد فيها كذلك، فلو تغير العرف ، فصار ما كان يباع كيلا يباع وزناً أو العكس، فعند جماعة من الفقهاء لا عبرة بمثل هذا العرف الجديد ، بل المعول على ما كان عليه العمل وقت سن التشريع وممن قال بهذا أبو يوسف القاضي وابن تيمية وآخرون، ورأى فريق آخر من الفقهاء جواز تغيير الحكم هنا تبعاً لتغير العرف [1] أما الأحكام التي بُنيت على الأعراف فلا خلاف في تغييرها بتغيّر الأعراف ما دامت أعرافاً صحيحة وفق قواعد الشرع، ومثل هذه الأحكام هي المقصودة من قول الفقهاء:" لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" ولهذا الاعتبار اشترط العلماء في المجتهد والمفتي والقاضي كونه عارفاً بأعراف زمانه. يقول العلامة ابن عابدين :لابد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلية وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ، ثم يطابق بين هذا وهذا ، فيعطي الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع وكذلك المفتي الذي يفتي بالعرف لا بد من معرفة الزمان وأحوال أهله، ومعرفة أن هذا العرف عام أو خاص وأنه مخالف للنص أو غير مخالف له" اهـ[2]

ولذا لا يجوز للقاضي أو المفتي أن يعمل بما في كتب الفروع الفقهية من الفتاوى دون معرفة حقيقة الفتوى ، هل هي مبنية على نص شرعي يفيد دليلا مباشراً للحكم أو على نص شرعي عام مخصص بنص آخر أو بعرف أو أن أصل الحكم مبني على عرف ، وهل هذا العرف الذي بُني عليه الحكم أو خُصص به النص العام مستمر أم تغير بعرف آخر...إلخ [3]

الحالة الثانية من حالات مخالفة العرف للنص الشرعي:

إذا عارض العرف النص الشرعي ولم يكن النص في أصله مبنياً على العرف، بل كان تشريعاً عاماً شاملا بعمومه الأمر المتعارف فيختلف النظر هنا لهذا العرف بحسب كون العرف مقارناً لورود النص أو حادثاً بعده، فإذا كان العرف المعارض للنص العام الموجود عند ورود النص، عرفاً لفظياً فلا خلاف بين الفقهاء في اعتباره ، فينزل النص التشريعي العام على حدود معناه العرفي عند عدم القرائن، ولو كانت دلالة اللفظ الذي استعمله الشارع في أصل اللغة أوسع دلالة من معناه العرفي . كألفاظ البيع والشراء والإجارة والصلاة والصيام والحج ، كل ذلك ونحوه يُحمل على معانيه العرفية عند ورود النص بها ، دون النظر إلى المعاني الأصلية في وضع اللغة [4] أما إذا كان العرف القائم عند ورود النص العام المخالف له، عرفاً عملياً

---

[1] انظر المقنع لابن قدامة ٦٤/٢ وما بعدها وشرح المجلة للأتاسي ٦٦/١ . ونهاية المحتاج إلى شرح النهاج للرملي ٤١٧/٣ ورسالة نشر العرف ص١٢٥ .

[2] نشر العرف لابن عابدين ص١٢٥.

[3] انظر الوجيز للبنو ص٢٨٥ .

[4] المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ٩٣٢ .

عاماً ، يُخصص به النص المعارض فيكون النص مقصور الشمول على ما سوى الأمر المتعارف، مثال ذلك جواز عقد الاستصناع ، مع أنه نوع من بيع ما ليس عند البائع والنص ورد بمنع بيع ما ليس عند البائع [1] ولكن حاجة الناس إلى مثل هذه المعاملة ومنعهم منها يسبب الحرج، أباحها الشارع ، فهنا لا يُقال :أن العرف أبطل العمل بالنص ، ولكن يعتبر هذا تخصيصاً للنص وقصراً له فيما لا يتناوله العرف، بدليل أن الاستصناع كان معلوماً في عهد النبي ﷺ [2] فإذا كان العرف المقارن المعارض للنص العام عرفاً خاصاً بفئة من الناس أو ببلد دون البلاد الأخرى ، فلا يصلح مخصصاً للنص على القول الراجح . أما العرف الحادث بعد ورود النص، إذا عارض النص لا يجوز تخصيص دلالة النص به، لأنه في هذه الحالة يكون نسخاً للنص، والنسخ لا يجوز إلا بنص باتفاق. وكذا يجب عند تطبيق نصوص الفقهاء وتفسير صكوك الوقفيات والوصايا وغيرها من العقود وما يُصاحبها من شروط وفق عرف أصحاب هذه العقود والمصطلحات في زمانهم ، لأن تفسير هذه النصوص وفق الأعراف الحادثة يؤدي إلى خلاف مرادهم [3].

٥. شروط اعتبار العرف والعادة شرعاً:

ليس كل عرف صالحاً لبناء الأحكام الفقهية عليه ولا اعتباره دليلا عند عدم النص، بل للعرف المعتبر شرعاً شروط ذكرها العلماء منها:

أ. أن يكون العرف أو العادة مطردة أو غالبة.

ب. أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماًعند إنشائها .

ج. ألا يكون في العرف تعطيل لنص شرعي ثابت أو أصل قطعي في الشريعة.

د. ألا يعارض العرف تصريح بخلافه.

---

[1] قال حكيم بن حزام – رضي الله عنه– قال لي النبي ﷺ : [لاتبع ماليس عندك] أخرجه الترمذي في البيوع برقم١٢٣٢ وأبو داود برقم ٣٥٠٣ . قال شعيب أرنؤط وعبد القادر أرنؤط اسند الحديث صحيح . انظر زاد المعاد لابن القيم ٨٠٧/٥ ط٢٧– ١٤١٥هـ–١٩٩٠م وجاء في حديث عبد الله بن عمرو –رضي الله عنه– عن رسول الله ﷺ أنه قال:[لايحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك] أخرجه الإمام أحمد في المسند برقم ٦٦٢٨و ٦٦٧١ وأبو داود برقم ٣٥٠٤ والترمذي برقم١٢٣٤ وقال حسن صحيح والنسائي باب البيوع ٢٨٨/٧ وأبو داود الطيالسي برقم ٢٢٥٧ وابن ماجه برقم٢١٨٨ وابن القيم في الزاد ٨٠٧/٥ .

[2] انظر نظرية العرف للخياط ص٦٣–٦٤ ورسالة ابن عابدين ٢/ ١٢٩.

[3] انظر غمز عيون البصائر للحموي ٢٩٦/١/ ٦/ نفس المرجع ١/ ٣١٥.

الشرط الأول كون العرف أو العادة مطردة أو غالبة.

قال الإمام السيوطي –رحمه الله–:" إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت ، فإذا اضطربت فلا " [1] وكذا قال ابن نجيم[2] والمراد باطراد العرف، أن يكون العمل به مستمراً في جميع الحوادث، فإن اعتاد أهل بلد على تعجيل المهر قبل الدخول أو تقسيمه إلى مؤجل ومعجل يُعمل بعرفهم [3] وقد يُراد باطراد العرف أن يعم ويستفيض بين أهله ،بحيث يعرفه الجميع في بلادهم [4] وكونه غالباً أن يكون جريانه بين أهله حاصلا في غالب الحوادث [5] فإذا باع شخص سلعة وذكر مقدار النقد دون نوعه وكان في البلد أكثر من نقد ، يُنظر إلى غالب تعامل الناس في البلد وما الذي يتبادر إلى فهم أحدهم عند إطلاق النقد، فيُحمل عليه . أما إذا اضطربت العادة فلم يتضح التعامل الغالب في نعوع النقد بطل البيع لجهالة القيمة . ولا يقدح في غلبة العرف خروج بعض الجزئيات والتصرفات النادرة ، فالعبرة للغالب الشائع لا بالقليل النادر[6] قال الشاطبي – رحمه الله–: " وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدح في اعتبارها انخرامها ما بقيت عادة على الجملة " اهـ [7] .

وقال إمام الحرمين:إن ما صح اطراده في العرف فهو المحكّم، وصريح ذلك كالمضمر" [8] ولذا قال الفقهاء : إن العادة المطردة تنزل منزلة الشرط ،كما تنزل منزلة صريح الأقوال في النطق بالأمر المتعارف[9] . والغلبة والاطراد المعتبر ما كان في عرف قائم بين أهله ، لا بما سُطّر في الكتب الفقهية ، لأن ما في كتب الأقدمين كان عرفاً معتبراً في زمانهم . ولا يعتبر العرف شرعاً إذا كان عرفاً مشتركاً، وهو أن يكون العمل به وتركه متساوياً، لأنه لا مرجح للعمل به أو تركه [10]

الشرط الثاني: أن يكون العرف المراد تحكيمه قائما عند إنشاء التصرفات.

بمعنى أن يكون العرف الذي يُحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشاء التصرف ويستمر حتى يُقضى فيه. أما إذا حدث العرف بعد التصرف أو انقطع قبله أو قبل القضاء فيه، فلا عبرة به سواء كان

---

[1] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٩ .

[2] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣ .

[3] أثر العرف في التشريع الإسلامي ص١٨٩–١٩٠ .

[4] العرف والعادة لأبي سنة ص٥٦ .

[5] نفس المرجع .

[6] انظر أثر العرف في التشريع الإسلامي للنجار ص١٩٠.

[7] الموافقات ٢/٢١١–٢١٢.

[8] انظرالأشباه والنظائر للسيوطي ص٥٣ .

[9] أثر العرف في التشريع الإسلامي ص ١٩٠–١٩١ .

[10] نفس المرجع ص١٩٤،١٨٩ .

عرفاً قولياً أو فعلياً[1] قال السيوطي: العرف الذي يُحمل عليه الألفاظ إنما هو العرف المقارن السابق دون التأخر[2] وقال ابن نجيم : ولذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارئ [3] وقال الفقهاء : العرف المعتبر هو عرف الزمن والبلد الذي وُجد فيه التصرف [4] قال ابن نجيم : يعتبر في كل أقليم وفي كل عصر عرف أهله [5] وقال الشاطبي :" إن العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال وغير ذلك من الأمور التي تتغير من زمن إلى زمن ومن بلد إلى آخر، ولذا فإنها لا يُقضى بها البتة على من تقدم حتى يقوم الدليل على موافقة العرف الجاري اليوم لما سبقه، فيكون الدليل هو الذي جعلنا نقضي به على الماضي لا مجرد العادة، وكذلك في المستقبل : لا يحكم فيه العادة الماضية أو العرف السابق لأنها غير مستقرة في ذاتها، وحيث كانت غير مستقرة لا يتأتى الحكم بها إلا على التصرف الحادث وقت قيامها " اهـ[6] . ويجب مراعاة لهذا الشرط ألا يُفسّر عقود الأقدمين من وقف أو وصية أو غيرها إلا بما يقتضي عرفهم السابق . فإذا وُجد أن شخصاً أو قف مالا على طلبة العلم ، وكان العرف في زمانه أن طلبة العلم يُقصد بهم طلاب العلم الشرعي ، ثم تغير العرف ، فأصبح لفظة طلبة العلم تشمل الطلاب في جميع الفنون، فلا يجوز تفسير وقفه هذا بالعرف الجديد[7].

الشرط الثالث: ألا يكون في العرف تعطيل نص شرعي ثابت أو أصل قطعي في الشريعة.

فقد تقدم ما يوضح مضمون هذا الشرط في معرض الكلام عن العرف أمام النصوص الشرعية.

الشرط الرابع لاعتبار العرف: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه.

هذا الشرط خاص بالعرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف. قال الأتاسي : مجال هذا الشرط الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة ، من إيجاب وقبول، وإذن ومنع، ورضى ورفض ونحو ذلك [8] ومفاد هذا الشرط ألا يوجد قول صريح أو عمل يدل على عكس ما يدل عليه العرف . وهذا الشرط بمعنى القاعدة الفقهية" لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح" . كأن يكون العرف في بيع العقار أن يتحمل تكاليف التسجيل ونقل الملكية المشتري، فيأتي شرط في عقد البيع على عكس هذا العرف بتحميل البائع هذه

---

[1] العرف والعادة لأبي سنة ص٥٦-٥٧ .

[2] الأشباه والنظائر ص٥٤.

[3] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢،٥٦ .

[4] أثر العرف في التشريع الإسلامي ص٢٢٥ .

[5] الأشباه والنظائر ص١٠١.

[6] الموافقات ٢/٢٩٧-٢٩٨.

[7] انظر إعلام الموقعين لابن القيم ٣/ ٦٨ .

[8] شرح مجلة الأحكام العدلية ص٢٨ .

التكاليف، فالمعتبر هنا الشرط لا العرف. قال الإمام العز بن عبد السلام:"كل ما يثبت في العرف،إذا صرح المتعاقد بخلافه بما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به ، صح " اهـ[1].

٦. بعض الأمثلة التطبيقية والمسائل الفقهية من باب المعاملات على قاعدة " العادة محكّمة " .

أ. ثبوت اعتبار المالية بالعرف، حيث يتحدد ما يعد مالا شرعاً ومالا يعد مالاً وفق العرف، وتحديد ما يعد مالا وما لا يعد في غاية الأهمية لما يترتب على ذلك من أحكام في باب البيوع الإجارات والرهن والمهر واللقطة وغير ذلك ومثل هذا العرف قابل للتغير من زمن إلى زمن ومن بلد إلى آخر، فما يُعد مالا محترماً في بلد أو زمن ربما لا يؤبه به في زمن أو بلد آخر[2] .

ب. حقوق الارتفاق في العقارات ،كحق الشرب وحق المسيل وحدود الجوار والطرق الخاصة...إلخ مرجع كل هذا العرف .

ج. عقد الاستصناع : وهو أن يطلب شخص من آخر أن يصنع له شيئاً والمادة من عند الصانع. كأن يتفق شخص مع مقاول على أن يبني له عمارة بمواصفات معينة بقيمة محددة [تسليم مفتاح] وقد تقدم أن عقد الاستصناع مما استثني من النهي العام في بيع ماليس عند البائع لحاجة العباد [3] .

د. بيع الوفاء: وهو عقد يشترط فيه البائع أنه متى مارد الثمن إلى المشتري رد له المبيع ، سواء الثمن نقداً أو عيناً ،كأن يبيع شخص داراً بثمن معلوم على أن يرد إليه الدار متى مارد الثمن أو أن يبيعها له [4] وسمي بيع الوفاء لتعهد المشتري برد المبيع إلى بائعه عند رد الثمن. وقد اختلف الفقهاء في تكييف هذا العقد ، هل هو بيع لما فيه من خصائص البيع من دفع الثمن واستلام المبيع والانتفاع به أم هو رهن ، لأنه يرجع المبيع عند رد الثمن؟ .

ولاختلافهم في تكييف هذا العقد اختلفوا في حكمه، فذهب الجمهور إلى عدم صحته لما فيه من شبهة الربا ، لأنه أشبه بالقرض الذي يجر نفعاً، لأن القصد من هذا البيع، الحصول على بعض المال، مع حاجة البائع إلى مبيعه، ولا يجد من يُقرضه ولو بالرهن فيضطر للبيع مع اشتراط رد المبيع برد الثمن . وأجازه بعض الفقهاء استحساناً لحاجة الناس إليه [5] قال شيخ الإسلام ابن تيمية :" وما يظهرونه من بيع الأمانة الذي يتفقون فيه على أنه إذا جاء بالثمن أعاد إليه المبيع، وهو باطل

---

[1] قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ١٨٦ .

[2] انظر العرف والعادة في رأي الفقهاء لأبي سنة ص١٣٦-١٣٧.

[3] انظر العرف للخياط ص١٧٧.

[4] رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥/ ٢٧٦ والعرف والعادة لأبي سنة ١٣٣.

[5] رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥/ ٢٧٦ والدرر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة ١١٨ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠٣ .

باتفاق الأئمة، سواء شرطاه في العقد أو تواطئا عليه قبل العقد على أصح قولي العلماء ، والواجب في مثل هذا أن يعاد العقار إلى ربه والمال إلى ربه ، ويعزر كل من الشخصين إن كانا علما بالتحريم، والقرض الذي يجر منفعة قد ثبت النهي عنه عن غير واحد من الصحابة كعبد الله بن سلام وأنس بن مالك وروي ذلك مرفوعاً إلى النبي ﷺ، رواه ابن ماجه وغيره "اهـ[1]

ه. إجارة ما جرى العرف باستئجاره من مسكن أو أرض أو مركب .... إلخ ، فالإجارة من العقود التي أجازها الشرع استحساناً مبنياً على العرف والعادة، وإلا هي من تمليك المنفعة في الحال بعوض والمنافع معدومة لم يتحصل عليها المستأجر بعد، والعقد على المعدوم لا يجوز، كما يتحدد بالعرف ما يجوز استئجاره وكيفية الانتفاع به وطريقة دفع الأجرة وتقديرها ، وما يجب على كل من المؤجر والمستأجر.

و. مقادير النفقات للزوجة والأولاد والأقارب. قال تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [2] وكذا كثير من أحكام الوقف والوصية وقضايا العلاقات بين الزوجين من أحكام النكاح والطلاق وهدايا الخطبة.....إلخ .

٧. القواعد الفرعية المندرجة تحت قاعدة " العادة محكّمة" وتطبيقاتها.

قد تقدم أن هذه القاعدة قد تضمنت من المسائل ما يصعب حصرها، لذا وضع الفقهاء لهذه المسائل الفقهية المبنية على العرف والعادة قواعد فرعية بمثابة ضوابط تجمع كل منها عدداً كبيراً من الأحكام المبنية على العرف. وفيها من السعة والمرونة ما يجعلها صالحة لكل ما يجدّ من أحداث تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي فيها. ومن أهم هذه القواعد في باب المعاملات :

أ. استعمال الناس حجة يجب العمل بها .
ب. تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت .
ج. العبرة للعرف الغالب الشائع، لا للقليل النادر.
د. لا يُنكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمنة والأمكنة والأحوال .
ه. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.
و. المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

---

[1] مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٩/ ٣٣٤ .
[2] البقرة الآية ٢٣٣ .

ز. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

ح. الكتاب كالخطاب .

ط. الإشارة المعهودة من الأ خرس كالبيان باللسان[١]

وإليك توضيح هذه القواعد وبعض الأمثلة من تطبيقاتها .

أ. قاعدة" استعمال الناس حجة يجب العمل بها " .[٢]

هذه القاعدة بمعنى القاعدة الأصلية " العادة محكمة" وموضحة لها ، وهي شاملة للعرف بنوعيه العملي والقولي .الواجب أن كل متكلم يحمل كلامه على عرفه حين التكلم، وإن خالف المعاني الأصلية التي وضع لها اللفظ ابتداء.فقد يكون الكلام في أصله وعداً بعقد بيع ، فيصير في العرف عقداً ملزماً والعكس ، وهذا ما نصت عليه قاعدة" تُترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة" [٣] فإذا استعمل الناس ألفاظاً جديدة في عقد البيع أو الإجارة أو الهبة ، وغيرها من العقود، من غير الألفاظ المعهودة ، واستفاضت هذه الألفاظ الجديدة حتى صارت المتبادرة إلى الذهن بمجرد ذكرها ، تكون حجة وتترك الحقائق اللغوية والشرعية من معاني هذه الألفاظ [٤] وكذلك العرف العملي له السلطان المطلق في فرض الأحكام وتحديد الالتزامات وتقييد آثار العقود وفق المتعارف، فلو وكل شخص آخر بأن يشتري له ثوباً ، فاشترى الوكيل ثوباً غير معتاد، لا يلزم هذا الشراء الموكل ، ولو لم يحدد له نوع الثوب عملا بالعرف [٥] ولكن حجية عمل الناس مشروط بأن لا يخالف نصاً شرعياً خاصاً أو قياساً صحيحاً إلا إذا كان النص نفسه بني على عرف ، فتجوز مخالفته باختلاف العرف كما تقدم [٦].

من الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة:

إذا استعان شخص بآخر في شراء عقار وبعد وقوع البيع طلب المستعان به مقابلا لعمله . يُنظر إلى عرف الناس في الاستحقاق والقدر المستحق ومن الأمثلة عقد الاستصناع كما تقدم [٧]

---

[١] انظر شرح القواعد الكبرى للسدلان ص٣٨٩-٣٩٠ .

[٢] انظر قواعد الخادمي مع شرحها لإغاجي ص٣٠٨ ومجلة الأحكام العدلية م/ ٣٧ والمدخل للزرقاء الفقرة ٦٠ وقواعد ابن رجب ١٢١-١٢٢ والوجيز للبرنو ص٢٩٢ وشرح القواعد الكيرى للسدلان ص٣٩١ .

[٣] قواعد الخادمي ص٣١٩ وشرحها لأغاجي ص٣٧٠والمجلة م/٤٠ والمدخل للزرقاء فقرة ٦٨ وشرح المجلة للأتاسي ٣٤/١، ٩٣ والوجيز للبنو ص٢٩٩والسدلان ص٣٩١ .

[٤] الوجيز للبرنو ص٢٩٣ .

[٥] المدخل للزرقاء ٨٥٩/٢ .

[٦] نشر العرف لابن عابدين ١٦٢٠/٢.

[٧] انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٨٧/٥ ط دارالكتب العربية –لبنان .

ب. قاعدة " تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت" [1]

ج. قاعدة" العبرة بالغالب الشائع لابالقليل النادر" [2]

تقدم الكلام عن هاتين القاعدتين في معرض شروط اعتبار القاعدة بما يغني عن الإعادة هنا.

د. قاعدة " لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال" [3]

من المعلوم ضرورة أن شريعة الله جاءت كاملة ووافية لجميع مصالح العباد، وتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة وأنها صالحة لكل زمان ومكان إلى قيام الساعة. وتقدم أن من مظاهر صلاحية هذه الشريعة لجميع الخلق ولجميع الأزمنة والأمكنة مراعاتها للأعراف والعادات الصالحة والتي لا تختلف مع نصوصها المحكمة وأصولها القطعية. ومراعاة الشريعة لهذه الأعراف المختلفة لابد وأن تؤدي إلى تغير الأحكام المبنية على هذه الأعراف تبعا لتغير الأعراف المتجددة مع تجدد نمط الحياة وتطور وسائلها . فلو جمدت الشريعة على نمط واحد مع تغير الأحوال وتبدل الأعراف لأدي إلى الحرج والفساد، لذا كان لابد من مراعاة هذه القاعدة الذهبية. قال العلامة ابن عابدين :" إن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بالنص وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي ، وكثير منها ما يبنيه المجتهد على ما كان في زمانه ، بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولاً، ولهذا قالوا في شروط المجتهد:أنه لا بد من معرفة عادات الناس ، فكثير الأحكام يختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله ولحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه الحرج والمشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التيسير ودفع الضرر والفساد، ولبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام، ولهذا نرى مشايخ المذهب- المذهب الحنفي- خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه". اهـ [4]

وأكد هذا المعنى الإمام القرافي في قوله: " الأحكام المترتبة على العوائد دار معها كيفما ما دارت وتبطل معها إذا بطلت ، كالنقود في العاملات والعيوب في الأعواض ونحو ذلك...وعلى هذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد....وعلى هذا القانون تُراعى الفتاوى على طول الأيام....فمهما تجدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك من غير إقليمك يستفتيك ، لا تُجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وافته دون عرف بلدك والمقرر في

[1] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٣ والأشباه لابن نجيم ص٩٩ ومجلة الأحكام م/ ٤١والمدخل للزرقاء فقرة ٦٠٦،٦٠٧ .

[2] قواعد الخادمي ص٣٢٥ والمجلة م/٤٢ والمدخل للزرقاء فقرة ٦٠٧ .

[3] انظر مجلة الأحكام م/٣٩ وشرح المجلة لعلي حيدر ٤٣/١ وشرح الأتاسي ٩١/١ وقواعد الخادمي ص٦٥ .

[4] رسائل ابن عابدين ١٢٥/٢.

كتبك، فهذا هو الحق الواضـــح، والجمود على المنقولات أبداً ضـــلال في الدين وجهل بمقاصـــد علماء المسلمين والسلف الماضين ... إلخ" [1] .

قال الإمام الشـــاطبي: إن العوائد تختلف باختلاف الأعصـــار والأمصـــار والأحوال وغير ذلك من الأمور التي تتغير من زمن إلى ومن ومن بلد إلى آخر، ولذا فإنه لا يُقضى البتة على ما تقدم حتى يقوم دليل على موافقته العرف الجري اليوم لسابقه، فيكون الدليل هو الذي جعلنا نقضي به، على الماضي، لا بمجرد العادة، وكذلك في المستقبل لا يُحكم بالعادة الماضية أو العرف السابق ، لأنها غير مستقرة في ذاتها ، وحيث كانت غير مستقرة لا يتأتى الحكم بها على التصرف الحادث وقت قيامه " اهـ[2]

مسائل:

١. مما ينبغي التنبه إليه أن الحكم الشـــرعي الثابت بالدليل لا يتبدل مهما تبدلت الأعراف والعادات إلا بنسـخ ، ولا نسـخ بعد انقطاع الوحي بلحوق الرسـول ﷺ بالرفيق الأعلى . وإلا لما بقي للإسـلام حكم ، ولكن الأحكام التي تتبدل بتبدل الأعراف والعادات هي الأحكام المبنية على الأعراف ابتداء، وهذا ما أكدته أقوال الأئمة ونظار الأمة كالشـــاطبي والقرافي وابن عابدين وغيرهم ، وقد سبقت أقولهم في هذا المعنى .

٢. الأحكام التي تتغير وأسباب تغيرها:

إن ما تعارف عليه الناس واعتادوه فأصبح عرفا شائعاً بينهم لا يخرج عن ثلاث صور[3] .

أ. **الصـــورة الأولى**: أن يكون ما تعارفه الناس مما جاء به الشـــرع أو وجده مع الناس فأقرهم عليه، أو مما نهاهم عنه.

ب. **الصورة الثانية**: أن لا يكون ما تعارفه الناس حكماً شرعياً، ولكن تعلق به الحكم الشرعي، كأن يكون مناطا لحكم شرعي أو علة فيه.

ج. **الصورة الثالثة**: أن يكون محض عادة – أي ليس حكما شرعياً ولا مناطاً له.

مثال الصـــورة الأولى: كفعل الواجبات من أداء الحقوق وبذل النفقات الواجبة ، وتحريم المحرمات كشرب الخمر وقتل الأنفس وأكل الربا فمثل هذه الأمور سواء مما جاء به الشرع واعتاده الناس أو كان مما عندهم فأقرهم عليه الشرع ، صار عرفاً وعادة للمسلمين وفي نفس الوقت حكماً شرعيا يترتب عليه الثواب والعقاب وغير قابل للتغيير بتغير الأعراف، ولا يدخل تحت قاعدة " تبدل الأحكام بتبد ل الأعراف والأزمان والأمكنة والأحوال " .

---

[1] الفروق ١/١٧٦-١٧٧.

[2] الموافقات في أصول الأحكام ٢/ ٢٢٠-٢٢١ .

[3] انظر ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية د:محمد سعيد البوطي ص٢٨١ط مؤسسة الرسالة.

ومثال الصــورة الثانية : ما تعارفه الناس من وسـائل التعبير والخطاب في العقود والمعاملات وغيرها ، وما تواضـــعواعليه من الأعمال في شـــئون الحياة ونمط العلاقات وكيفية توثيق العقود وتبادل النافع ، وكاختلاف عادات الأقطار في سن البلوغ......إلخ ، فمثل هذه الأمور ليست في حد ذاتها أحكاماً شرعية ولكنها مناط وعلة للأحكام الشـــرعية ، فهي قابلة للتغيير والتبديل حســـب الأحوال والظروف، وهي المقصـودة من الفقهاء في هذه القاعدة . فنلاحظ هنا أن المتغير هو مناط الحكم وليس ذات الحكم ، فمثلا إباحة البيع والإجارة والوفاء بما فيهما من الشـروط الصـحيحة حكم شـرعي ، ولكن كيفية التعبير عن هذه العقود وصـور تو ثيقها والشـروط المحققة لمصـلحة طرفي العقد....إلخ، كل هذه من مناط الحكم وهو الذي يتطور ويتبدل وفق الأعراف والأحوال .

قال الشــاطبي – في بيان الأعراف الثابتة والقابلة للتبدل – :" العوائد المســتمرة ضــربان :أحدهما العوائد الشرعية وهي التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها ، ومعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجاباً أو ندباً أو نهى عنها كراهة أو تحريماً أو أذن فيها فعلا أو تركاً، والضـــرب الثاني :هي العوائد الجارية بين الخلق، بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شـرعي، فأما الأول فثابت أبداً كسـائر الأمور الشـرعية ، كما قالوا في سـلب العبد أهلية الشـــهادة، والأمر بإزالة النجاســـة ، وطهارة التأهب للمناجاة ، وســـتر العورات، والنهي عن الطواف بالبيت على العرى ، وما أشبه ذلك فالعوائد الجارية بين الناس إما حسنة عند الشارع أو قبيحة ، فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع، فلا تبديل لها وإن اختلفت آراء المكلفين فيها. فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحاً، ولا القبيح حسناً حتى يُقال: مثلاً قبول شهادة العبد لا تأباه محاسن العادات الآن فلننجزه ، أو غير ذلك ، إذ لو صـح مثل هذا لكان نسـخاً والنسـخ بعد موت النبي ﷺ باطل . وأما الثانية: فقد تكون العوائد ثابتة وقد تتبدل ومع ذلك فهي أســـباب لأحكام تترب عليها ، فالثابتة كوجود شـهوة الطعام والشـراب والوقاع ، والنظر والبطش والكلام والمشـي ونحو ذلك، وإذا كانت أسـباباً لمسـببات حكم بها الشارع، فلا إشكال في اعتبارها والبناء عليها والحكم على وفقها دائماً... والمتبدلة منها ما يكون متبدلا في العادة من حسـن إلى قبيح، وبالعكس، مثل كشـف الرأس، فإنه يختلف بحسـب البقاع، هو لذوي المروءة قبيح في البلاد الشـــرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحاً للعدالة وعند أهل المغرب غير قادح ... إلخ [١]

أما الصـــورة الثالثة من صـــور أعراف الناس: فتتمثل في كل ما يعتاده الناس من العادات والتقاليد، مما لم يكن حكماً شرعياً ولا مناطاً لحكم شرعي. وهذا النوع مباح ما لم يتعارض مع حكم شـرعي . وهو داخل تحت سلطان العرف وحكمه .

[١] الموافقات ٢/ ٤٠٩، ٤١٠.

مما تقدم من كلام أهل العلم اتضح أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الأعراف والعادات هي الأحكام الاجتهادية المبنية على الأعراف ،وما كان مناطاً للأ حكام الشرعية ،وعليه يفهم قاعدة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال" على أنها من العام المراد به الخصوص. وحتى لا يستغل أهل الأهواء – الساعين لإبطال أحكام الشريعة– ظاهر هذه القاعدة بالتلاعب في أحكام الشرع، اقترح بعض أهل العلم تعديلا في صيغة القاعدة على الآتي:لا يُنكر تغير الأحكام المبنية على المصلحة والعرف بتغير الأزمنة... إلخ [1] .

العوامل التي تؤدي إلى تغير الأحكام بتغير الأعراف هي :

١. فساد الأخلاق وفقدان الوازع الديني والخلقي والذي يسميه بعض الفقهاء بفساد الزمان [2] .

من أمثلة ذلك: أن المقرر في أصول المذاهب الفقهية ، أن المدين تنفذ تصرفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرع ، ولو كانت ديونه ستستغرق جميع أمواله، باعتبار أن الديون تتعلق بذمته وتبقى أعيان أمواله حرة ، فتنفذ فيها تصرفه، وهذا هو مقتضى القياس ، ولكن لما فسدت الذمم وقلّ الورع واستهان الناس بأكل أموال الآخرين بالباطل، فأصبح المديونون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق هبتها أو وقفها لجهات يثقون بها. أفتى الفقهاء المتأخرون من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله [3]

ومن الأمثلة كذلك: أن العلماء منعوا قديماً من أخذ الأجرة على الواجبات الدينية كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن الكريم. وكان في عهدهم لا يحتاج الناس إلى الأجر في هذه الأعمال لكثرة من يقوم بها احتساباً ولأن بيت مال المسلمين كان يسد خلة المحتاجين . فعندما انقطع بيت المال وقلّ الدافع الديني للقيام بهذه الأعمال احتساباً ، افتى الفقهاء بجواز أخذ الأجر على هذه الأعمال ، حتى لا تتعطل شعائر الدين [4] .

---

[1] انظر قواعد الندوي ص١٥٨ ط السابعة –دار العلم –دمشق .

[2] انظر شرح القواعد الفقهية للشيخ الزرقاء ص٢٢٩.

[3] انظر الفقه الإسلامي وأدلته د: وهبة الزحيلي ١٧٧/٨ وقواعد ابن رجب ق/ ١٤ والمدخل للدكتور الزرقاء ٢/ ٨٠٨ والكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر ص ٤١٠ ط :دار الكتب العلمية –بيروت –لبنان .

[4] انظر نشر العرف لابن عابدين في رسائله ١٢٥/٢-١٢٦.

٢. **العامل الثاني من عوامل تغيير الأحكام** :

تغير العادات وتبدل الأعراف لتطور وسائل الحياة وتجدد المصالح، فمثلا كان الناس في الماضي يبنون بيوتهم على طراز واحد وغرف متشابهة ، فكان يكفي المشتري أن يرى غرفة واحدة كمثال لبقية الغرف ، أما الآن تعدد أنواع تصميمات الدور واختلفت الغرف سعة وضيقاً كما اختلفت المواد مواد البناء، فعليه لا يجوز الشراء اعتماداً على رؤية غرفة واحدة ، بل لا بد من رؤية الدار كلها ومعرفة جميع تفاصيلها درءاً للضرر والخصومات[١] .

فعلى سبيل العموم ما حصل من تطور عالمي في وسائل الحياة وسهولة الصلات ووسائل الاتصال بين الناس واتسعاع العلاقات التجارية وتنوع العقود، يقتضي تطوير التشريعات المبنية على الاجتهاد ومراعاة الأعراف والمصالح في إطار ضوابط الشرع، حتى لا تتخلف الأمة عن ركب الحياة .

٣. **العامل الثالث من عوامل تغيير الأحكام**:

اختلاف مناط الأحكام وتبدلها وتجدد العلل وزوالها، قال العلماء : الأحكام تدور مع عللها وجوداً وعدماً. سواء كانت هذه الأحكام شرعت بنصوص شرعية أو بالاجتهاد والرأي. ومن أدلة هذا العامل ما رواه البخاري وغيره من حديث سلمة بن الأكوع – رضي الله عنه- قال قال رسول الله ﷺ : (من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثلاثة ويبقى في بيته منه شئ) فلما كان العام المقبل ، قالوا يا رسول الله نفعل كما فعلنا العام الماضي؟ قال:

(كلوا وأطعموا وادخروا فإن ذلك العام كان بالناس جهد، فأردت أن تعينوا فيها)[٢]

قال الإمام القرطبي معلقاً على هذا الحديث: " اعلم أن المرفوع بالنسخ لا يُحكم به أبداً ، والمرفوع لارتفاع علته يعود الحكم لعود العلة ، فلو قدم على أهل بلدة ناس محتاجون في زمان الأضحى ، ولم يكن عند أهل تلك البلدة سعة يسدون بها فاقتهم إلا الضحايا ، لتعين عليهم ألا يدّخروها فوق ثلاث ، كما فعل النبي ﷺ " . اهـ[٣]

وجاء في بحث قُدم لمؤتمر الفقه الإسلامي ، – في معرض ذكر هذا الحديث –:" فلما انتهى هذا الظرف العارض وزالت هذه العلة الطارئة، زال الحكم الذي أفتى به الرسول ﷺ تبعاً لها وغيّر ﷺ فتواه من المنع إلى الإباحة " [٤] وهكذا لو طرأ أمر وسبب حرجاً وضيقاً للناس جاز إصدار تشريع لرفع ما بهم من

---

[١] الكافي في فقه الإمام أحمد ١٤،١٦/٢ والفقه الإسلمي وأدلته لوهب الزحيلي ٥٨٤/٤ .

[٢] صحيح البخاري الحديث رقم ٥٥٦٩- باب الأضاحي.

[٣] الجامع لأحكام القرآن – للقرطبي ٤٨/٢ ط دار الكتاب العربي للطباعة والنشر–القاهرة١٣٨٧هـ.

[٤] البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية – بحث وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية ص١١٨-١١٩ .

الحرج بشـرط ألا يخالف الثابت بالدليل الشـرعي . ولذا أفتى بعض الفقهاء بجواز التسـعير عند قلة المعروض الذي يحتاج إليه الناس لضروراتهم منعاً للضرر .

القاعدة الخامسة والسادسة والسابعة من القواعد المندرجة تحت قاعدة " العادة محكّمة " على النحو التالي:

ه. " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً " [1]

و. " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" [2]

ز. " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" [3]

هذه القواعد الثلاث تعبّر عن سـلطان العرف العملي . فالذي يطلع على أقوال العلماء في هذا الباب ، يدرك ما للعرف العملي في تصـرفات الناس وأعمالهم العادية والحقوقية من سـلطان في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، ما لم يخالف هذا العرف نصـاً شـرعياً . أما معنى هذه القواعد:

ح. فالقاعدتان الخامسة والسادسة تعبران عن العرف العملي العام. ومعناهما:

أن ما يتعارف عليه الناس في معاملاتهم وإن لم يُذكر صريحاً في العقد أو الاتفاق يقوم مقام الشرط في الالتزام والتقييد. فالشـروط والالتزامات والتقييدات التي لم تذكر صـراحة في أي عقد من العقود، تُحمل على عادة كل بلد .

أمثلة:

١. من اشترى سيارة مثلا دخل في الشراء ما يعتبره الناس من مستلزمات السيارة، من عجلها الاحتياطي والمفاتيح...الخ عملا بالعادة الجارية بين الناس ما لم يُنص على خلاف ذلك.

٢. من استأجر دابة أو سيارة يجب أن يستعملها فيما يستعملها الناس عادة من ركوب أو حمل أمتعة وبالكيفية المعتادة في الاستعمال، ولو لم يذكر كل هذا في العقد.

قال ابن عابدين :" الثابت بالعرف كأنه منصـوص في العقد كالانتفاع بالأعيان المؤجرة والمستعارة التي لم يبين في العقد كيفية الانتفاع بها ، فإن ذلك يتعين بالعرف " . اهـ[4] .

---

[1] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٩٢ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٩ وقواعد الخامي ص٣٢٤ ومجلة الأحكام العدلية م/ ٤٣ والمدخل للزرقاء فقرة ٦١١ .

[2] المجلة م/ ٤٥ والمدخل للزرقاء فقرة ٦١٢وقانون المعاملات المدنية السوداني م/٥/ز .

[3] المجلة م/٤٤ والمدخل للزرقاء فقرة ٦١٣ .

[4] رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٤-١١٥ وانظر شرح القواعد للزرقاء ص٢٤١.

٣. نفقة الزوجة والأبناء والأقارب تكون وفق عرف كل مجتمع وحسب الأحوال من غنى أو فقر ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ١

٤. لا يجوز لصاحب الحق أن يتصرف في حقه بما يضر الآخرين وإلا كان ضامناً. فنوع التصرف والضرر وقدر الضمان كل ذلك وفق العرف.

٥. عقود التعاطي التي أقرها الفقهاء ، في انعقاد المعاوضات المالية بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ ، فمن دفع السعر المعروف لسلعة ما وأخذها دون تلفظ من البائع أو المشتري صح البيع عملا بالعرف [2] وكذا من ركب سيارة للمواصلات العامة ، ثم دفع الأجرة المحددة دون إيجاب وقبول لفظي صحت الإجارة ، وهكذا في سائر المعاملات المتعارف عليها.

ط. أما قاعدة " المعروف بين التجار كالمشرط بينهم"

فهي مثال للعرف الخاص بفئة من الناس كالتجار وهي وإن كانت داخلة تحت القاعدتين السابقتين ، ولكن خُصت بالذكر لأهميتها وكثرة تداولها . فمن أمثلتها ما لو تبايع تاجران في سلعة ، ولم يصرحا كيفية دفع الثمن – نقداً أو نسيئة- فالأصل في البيع أن يكون الثمن حالاً ولكن لو وُجد عرف بخلاف ذلك بأن يدفع نسيئة عُمل بالعرف ما لم يتفقا على خلافه[3] .

ي. القاعدة الثامنة من القواعد المندرجة تحت قاعدة" العادة محكّمة": الكتاب كالخطاب" ٤

معنى القاعدة : أن العبارات المكتوبة كالمخاطبات الشفهية، إذا تحررت على الوجه المتعارف بين الناس، فتكون حجة على كاتبها كالنطق باللسان ٥ والمقصود من الكتابة هنا ما اشتملت على الإيجاب والقبول في العقود والالتزامات والإقرارات وغيرها، وهي حجة عند جمهور الأئمة من الغائب إذا استوفت شروطها وفق العرف الجاري إلا في النكاح[6]

ك. القاعدة التاسعة " الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان" ٧

تعريف الإشارة لغة واصطلاحاً:

---

[1] سورة البقرة الآية ٢٣٣.

[2] انظر المدخل للزرقاء فقرة ٤٩٧،٥٠٠ والوجيز للبرنو ص٣٠٨-٣٠٩ .

[3] الوجيز للبنو ص٣٠٩ .

[4] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٠٨ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٣٩ والمجلة م/٦٩ والمدخل للزرقاء فقرة ٦٠٩ .

[5] شرح المجلة للأتاسي ٤٩/١ وانظر الدر المختار لابن عابدين ٤٧٠/٥ .

[6] انظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٥٨/٤ وجواهر الإكليل ٣٤٨/١ وحاشية العدوي على كفاية الطالب ٣٥/٢ .

[7] الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٣١ والأشباه لابن نجيم ص٣٤٣ والمجلة م/ ٧٠ والمدخل للزرقاء – فقرة ٦١٠ .

الإشـــارة لغة : إقامة الحركة مقام النطق في التعبير[1] وتكون بالإيماء إلى الشـــيء بالكف ، والعين ، والحاجب وغيرها [2] وأشـــار علي بكذا أبدى له رأيه . والاســـم :الشـــورى وهي : عند الإطلاق حقيقة في الحسية . وتُستعمل مجازاً في الذهنية ،كالإشارة بضمير الغائب ونحوه، فإن عدى "بإلى" تكون بمعنى الإيماء باليد، وإن عدى "بعلى" تكون بمعنى الرأي" [3] وفي الاصطلاح مثلها في اللغة [4] .

الأدلة من القرآن والسنة على اعتبار الإشارة كأسلوب للتعبير عن الإرادة:

أولاً القرآن الكريم:

١. قال تعالى: ﴿ فَأَشَـارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَـبِيّاً﴾ [5] قال القرطبي: "الإشـارة بمنزلة الكلام وتُفهم ما يُفهم القول . كيف لا وقد أخبر الله تعالى عن مريم فقال : ﴿ فَأَشَـــارَتْ إِلَيْهِ ﴾ وفهم منها القوم غرضـها ومقصـودها فقالوا: كيف نكلم...؟ قال المهلب: " وقد تكون الإشـارة في كثير من أبواب الفقه أقوى من الكلام مثل قوله ﷺ : (بعثت أنا والســاعة كهاتين) — فأشــار بأصبعيه السبابة والوسطى – نعرف قرب ما بينهما بمقدار زيادة الوسطى على السبابة. وفي إجماع العقول على أن العيان أقوى من الخبر دليل على أن الإشــارة قد تكون في بعض المواضــيع أقوى من الكلام"[6]

٢. قال تعالى:﴿قَالَ رَبِّ اجْعَلْ لِي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ إِلا رَمْزاً﴾[7]

والرمز: إشارة بالشفة ، والصوت الخفي ، والغمز بالحاجب، وعبر به عن كلام كإشارة بالرمز كما عبر عن الشـــكاية والســـعاية بالغمز[8] وفي الآية دلالة على أن الإشـــارة بمنزلة اللفظ حيث سميت الإشارة كلاماً . ﴿ أَلا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ إِلا رَمْزاً﴾ [9]

ومن السنة:

[1] معجم لغة الفقهاء ص٦٨ .
[2] الموسوعة الفقهية ٢٧٧/٤ .
[3] نفس المرجع .
[4] انظر شرح القواعد للسدلان ص٤٧٦ .
[5] سورة مريم الآية ٢٩.
[6] الجامع لأحكام القرآن ١١/ ١٠٤ .
[7] سورة آل عمران الآية ٤١ .
[8] المفردات للراغبي ص٢٠٣ .
[9] انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٤/ ٨٠-٨١ .

١. ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما من حديث ابن عمر – رضي الله عنهما– قال قال رسول الله ﷺ : (إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب : الشهر هكذا ، وهكذا، وهكذا) وخنس سليمان– أحد رجال السند– أصبعه في الثالثة ، يعني تسعاً وعشرين وثلاثين"[١].

٢. قال ﷺ للأمة السوداء: (أين الله؟) فأشارت برأسها إلى السماء . فقال ﷺ : (اعتقها فإنها مؤمنة)[٢] .

٣. عن ابن عمر –رضي الله عنه– قال قال النبي ﷺ : (لا يعذب الله بدمع العين، ولكن يعذب بهذا، وأشار إلى لسانه)[٣] قال الحافظ ابن حجر : " قال أبو الحسن بن بطال : ذهب الجمهور إلى أن الإشارة إذا كانت مفهمة تنزل منزلة النطق ، وخالف الحنفية في بعض ذلك ، ولعل البخاري رد عليهم بهذه الأحاديث التي جعل فيها النبي ﷺ الإشارة قائمة مقام النطق، وإذا جازت الإشارة في أحكام مختلفة من الديانة فهي لمن لا يمكنه النطق أجوز" اهـ[٤]

العلاقة بين الكتابة والإشارة :

اختلف العلماء في العلاقة بين الكتابة والإشارة هل هما في درجة واحدة في التعبير عن الإرادة أم تختلفان؟ ذهب بعضهم إلى أن الكتابة أرجح من الإشارة ، ولذا اشترطوا لقبول إشارة الأخرس عدم علمه بالكتابة [٥] ورأى فريق آخر أنهما في درجة واحدة في التعبير عن الإرادة لأن المناط هو الإفهام، وكلاهما مفهم[٦] مع اختلافهما في بعض الأمور" فالكتابة مقدمة على الإشارة من حيث أنها تتضمن ما يقصده الكاتب عيناً" " والإشارة مقدمة على الكتابة من حيث أنها تكون بالرأس واليدان وهما العضوان اللذان يستعين بهما المتكلم للأعراب عما في نفسه" [٧].قال ابن القيم – رحمه الله–:" فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذاتها ، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأي – طريق كان عُمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة أو كتابة أو إيماء أو دلالة عقلية أو قرينة حالية أو عادة مطردة "اهـ [٨] وقال الشيخ أحمد الدردير المالكي –رحمه الله– في الشرح الكبير

---

[١] صحيح البخاري الحديث رقم ١٩١٣ وصحيح مسلم برقم ١٠٨٠ وسنن أبي داود برقم ٢٣١٩ .

[٢] صحيح مسلم الحديث رقم ٥٣٧ وفي سنن أبي داود برقم ٣٢٨٢ وفي النسائي ١٤/٣ .

[٣] صحيح البخاري برقم ١٥١٧ .

[٤] فتح الباري ٩/ ٤٣٨ .

[٥] انظر المدخل الفقهي للزرقاء ٣١٨/٢– ط دار الفكر –لبنان.

[٦] انظر الإشارة وما يتعلق بها من أحكام الفقه الإسلامي للدكتور الطريقي ص٢٥ –ط: الأولى ١٤١٣هـ .

[٧] شرح مجلة الأحكام – على حيدر ص٦٣ شرح م/٧٠ .

[٨] انظر قواعد إعلام الموقعين ص٢٤١ .

عند قول خليل :"بما يدل على الرضاء" قال: " من قول أو كتابة أو شارة "اهـ [1] وقال العلامة الباجي:" ليس للإيجاب والقبول لفظ معين ، وكل لفظ أو إشـارة يُفهم منه الإيجاب والقبول لزم به البيع وسـائر العقود" [2] وقد تقدم قول القرطبي وابن بطال وابن حجر في ترجيح هذا الرأي وقال به كثير من أهل العلم لما تقدم من الحجج ورجحانه ظاهر لما فيه من التيسـير ودفع الحرج عن الناس. فإذا أجاز أهل العلم بيع المعاطاة اتباعاً للعرف ، فالإشارة لا تقل في دلالتها على المقصود من المعاطاة . والله أعلم

[1] الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/٣ .وع

[2] المنتقى شرح الموطإ للباجي ١٥٧/٤ .

الباب الثاني

يتضمن هذا الباب عدداً من القواعد الهامة في باب المعاملات تكملة لما تم استعراضه في الباب الأول من القواعد الكبرى وتوابعها وتطبيقاتها.

وقد أفردت هذه القواعد بباب خاص لأهميتها ، ولكثرة ما يندرج تحتها من قواعد فقهية فرعية ومسائل تطبيقية ، ولأن في محاولة إدارجها تحت القواعد الكبرى التي سبقت في الباب الأول –كما فعل بعض من كتب في القواعد الفقهية – فيه تكلف وبعد .

ويتضمن هذا الباب خمسة فصول على النحو التالي:

٦. الاجتهاد معناه وتطبيقاته في الفروع الفقهية .
٧. أحكام التابع وعلاقة الفرع بالأصل .
٨. ما يترتب على التصرف المشروع من أضرار.
٩. أحكام المباشر والمتسبب. وبعض أحكام الضمان.
١٠. أحكام التصرف في حق الغير.

وتندرج تحته قاعدتان :

١- " لا اجتهاد مع النص" أو "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص" [١]

الأحكام الشرعية ثلاثة أنواع :

١. أحكام وردت فيها أدلة صحيحة صريحة، فهذا النوع من الأحكام يجب العمل به دون تمحل أو تكلف للخروج من عهدته، لعموم الأدلة الواردة في وجوب الامتثال للأوامر الشرعية.
٢. أحكام وردت فيها أدلة عامة تحتمل وجوهاً عدة لأسباب تتعلق بهذه الأدلة كأن تكون عامة تحتمل التخصيص أو مطلقة تحتمل التقييد أو مجملة تحتمل التفسير أو لأسباب تتعلق بمناط الحكم.
٣. أحكام لم ترد في شأنها أدلة خاصة، بل المرجع فيها الاجتهاد والرأي.

في إطار المقاصد الشرعية وضوابط الاجتهاد فهذه القاعدة التي نحن بصددها توضح كيفية التعامل مع هذه الأنواع الثلاثة من الأحكام ، حيث تدل بمنطوقها على وجوب العمل بالأدلة الصحيحة وتمنع تجاوزها بالاجتهاد المخالف لمدلولها، وتدل بمفهومها على مشروعية الاجتهاد في الأحكام التي لم ترد فيها أدلة صحيحة أو وردت فيها أدلة صحيحة غير صريحة الدلالة على أحكامها.

قال الإمام ابن القيم – رحمه الله-: الاجتهاد إنما يعمل به عند عدم النص، فإذا ثبت النص فلا اجتهاد إلا في إبطال ما خالفه. [٢]

يقصد بالنص في هذه القاعدة : ألفاظ التشريع من أدلة الكتاب والسنة وما يتبعهما من أدلة الشرع ، كما يقصد به ألفاظ العقود والاتفاقات والإرادات ، كلفظ الواقف والموصي والواهب وغيرهم ، فألفاظ العباد في هذه المعاملات كنص الشارع في المفهوم والدلالة ووجوب العمل به ما لم يخالف نصا شرعيا أو أصلا من أصول الشريعة .[٣]

---

[١] انظر قواعد الخادمي ص٣٢٩ ومجلة الأحكام العدلية [م/١٤] والمدخل الفقهي العام للزرقاء [ف/٦٢٣] والقواعد المستخرجة من إعلام الموقعين للجزائري ص٣٩١ وقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م[م/٥/ط] .

[٢] إغاثة اللهفان لابن القيم ١/١٧٠

[٣] أنظر شرح القواعد للزرقاء ص ١٤٨ و ما بعدها.

معنى هذه القاعدة في اللغة:

"مساغ " مفعل من ساغ يسوغ – أي – سهُل ويسر . يقال: ساغ الشراب في الحلق، إذا سهُل انحداره فيه [١] قال تعالى: ﴿ وَإِنَّ لَكُمْ فِي الأَنْعَامِ لَعِبْرَةً نُسْقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبَناً خَالِصاً سَائِغاً لِلشَّارِبِينَ ﴾ [٢] – أي– سهلاً .

وقال تعالى: ﴿ وَمَا يَسْتَوِي الْبَحْرَانِ هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ سَائِغٌ شَرَابُهُ وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ ﴾ [٣]

و"الاجتهاد" معناه استفراغ الوسع وبذل الجهد في الوصول إلى المراد. ولا يستعمل إلا مافيه كلفة ومشقة . يقال: اجتهد في حمل الرحى ، ولا يقال: اجتهد في حمل الخردلة [٤] والمقصود بالاجتهاد هنا : بذل الجهد العلمي في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها . وسمي اجتهاداً لأن صاحبه يبذل وسعه في الطلب حتى يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب[٥].

أنواع الاجتهاد:

الاجتهاد نوعان:

١. الاجتهاد في فهم النص ومعرفة مناط حكمه لإمكان تطبيقه وهذا واجب كل مجتهد ، ولا سيما إذا كان النص محتملا لأكثر من وجه، كأن يكون لفظاً عاماً يحتمل التخصيص أو مجملاً أو مطلقاً [٦] .
٢. الاجتهاد بالرأي والقياس. وهذا لا يجوز إلا عند الضرورة القصوى، وهي عدم النص كما تقدم، وهو المقصود في هذه القاعدة [٧] قال ابن القيم[٨] :" .....اجتهاد الرأي إنما يباح للمضطر كما يباح له الميتة والدم عند الضرورة ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [٩]

---

[١] مفردات الراغبي ٢٤٩ .
[٢] سورة النحل الآية [٦٦] .
[٣] سورة فاطر الآية [١٢] .
[٤] انظر الوجيز للبرنو ص٣٨١-٣٨٢ .
[٥] نفس المرجع .
[٦] شرح القواعد الكبرى للسدلان ص٣٧ .
[٧] المدخل الفقهي للزرقاء [ف/٦٢٣] .
[٨] إعلام الموقعين ٢/٢٨٥ .
[٩] سورة البقرة الآية [١٧٣] .

"النص" في اللغة: الرفع والإظهار، ومنه نص الحديث إذا رفعه وأسنده، ونص المتاع، إذا جعله بعضه فوق بعض ، ونص الشيء حرّكه ، يقال: نص الدابة ، إذا استحثها على السير السريع . والمنصة : مجلس العروس ، سميت منصة لارتفاعها وظهورها ، والمنصوص عليه هو المبين والمعين [1]

ويقصد بالنص في الاصطلاح : ألفظ الشارع من آيات القرآن والسنة وألفاظ العقود...إلخ كما تقدم

المعنى العام لهذه القاعدة: أنه لا يجوز لأحد أن يترك النص الصريح في أمر ما ويلتمس حكمه في غيره، كما أنه لا يجوز تفسير النص تفسيراً يخالف به مقاصد صاحب النص، سواء كان النص من لفظ الشارع– الكتاب والسنة– أو ألفاظ العقود والاتفاقات بأنواعها .

أدلة حجية هذه القاعدة:

جميع أدلة القرآن والسنة والإجماع الدالة على وجوب الالتزام بنصوص القرآن والسنة، وتحريم مخالفتها برأي أو هوى، يعتبر من أدلة منع الاجتهاد في مقابلة النصوص.

وسأذكر هنا بعض الأدلة الخاصة بهذا الباب على سبيل المثال لا الحصر. منها:

١. قال تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلالاً مُبِيناً ﴾ [2]

أي لا ينبغي ولا يجوز لمؤمن بالله تعالى رباً مشرعاً وإلها معبوداً باتباع شرعه ومؤمناً بنبيه محمد ﷺ رسولا يجب الإيمان بما جاء به واتباعه فيما أمر ونهى — أن يخالف ما جاء من قبل الله ورسوله ، بهوى أو رأي ،وإلا كان ضالا عن طريق الحق والهداية، مرتكباً لمعصية عظيمة تؤثر في إيمانه ، فالإيمان يزيد بالطاعة وينقص بالمعصية ، كما هو مذهب أهل السنة والجماعة

٢. قال تعالى: ﴿ فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدىً مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾ [3]

قال ابن القيم– معلقاً على الآية– : قسّم الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما: إما استجابة لله والرسول واتباع جاء به، إما اتباع الهوى . فكل ما لم يأت به الرسول — ﷺ – فهو من الهوى " اهـ [4]

---

[1] المعجم الوسيط ص٩٣٤ .

[2] سورة الأحزاب الآية [٣٦].

[3] سورة القصص الآية [٥٠].

[4] إعلام الموقعين ٢٧٩/٢.

٣. قال تعالى: ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لا يَعْلَمُونَ (١٨) إِنَّهُمْ لَنْ يُغْنُوا عَنْكَ مِنَ اللَّهِ شَيْئاً وَإِنَّ الظَّالِمِينَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُتَّقِينَ ﴾[١] فقد قسم الله سبحانه الأمر بين الشريعة الربانية – وأمر باتباعها– وبين الهوى واتباع الجاهلين بأمر الله وشرعه – وحذر منه .

أما السنة فحافلة بالأدلة الصريحة الدالة على وجوب اتباع نصوص القرآن والسنة وتقديمها على كل قول أو رأي مهما كان صاحبه . فمن هذه الأدلة:

١. ما أخرجه الدارمي وغيره من حديث معاذ بن جبل – رضي الله عنه– أن رسول الله – ﷺ – أرسله إلى اليمن قاضياً ومعلماً ، فقال له:

٢. (كيف تقضي إذا عُرض لك قضاء؟) قال :أقضي بكتاب الله . قال:

٣. (فإن لم يكن في كتاب الله)؟ قال: أقضي بسنة رسول الله . قال:

٤. (فإن لم يكن في سنة رسول الله)؟ قال: أجتهد رأي ولا آلو – أي لا أقصّر في البحث عن الحق والعدل– فضرب رسول الله ﷺ صدر معاذ بيده وقال: (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله) [٢]

٥. عن ابن عباس– رضي الله عنهما– أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء عند النبي ﷺ ، فذكر حديث اللعان فقال النبي ﷺ (لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي معها شأن) [٣] قال ابن القيم :" يريد والله ورسوله أعلم – بكتاب الله قوله تعالى: ﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾ [٤] ويريد بالشأن – والله أعلم– أنه كان يحدها لمشابهة ولدها للرجل الذي رميت به ، ولكن كتاب الله فصل الحكومة ، وأسقط كل قول وراءه ، ولم يبق للاجتهاد بعده وقوع " اهـ [٥] .

ولهذه النصوص القاطعة وأمثالها في وجوب اتباع الكتاب والسنة ، كان الصحابة – رضي الله عنهم – لا يقدمون قول أحد كائناً من كان على نصوص الكتاب والسنة ، فإذا لم يبلغ أحدهم الدليل في قضية ، فاجتهد رأيه فيها ثم إذا تبين له الدليل المخالف لاجتهاده ، لا يتردد في ترك اجتهاده أو اجتهاد غيره أخذاً بالدليل. فهذا زيد بن ثابت رضي الله عنه كان يفتي بأ ن لا تنفر الحائض حتى تطهر ثم تطوف

---

[١] سورة الجاثية الآية [١٨-١٩].

[٢] أخرجه الدارمي في سننه ٦٠/١ وله عدة طرق بألفاظ متقاربة تدل على أن للحديث أصلاً .

[٣] صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج ٣٣٧/٩ – الحديث رقم ٤٧٤٧ . تفسير سور النور .

[٤] سورة النور الآية[٨] .

[٥] إعلام الموقعين ٢٨١/٢ .

بالبيت طواف الوداع وقال ابن عباس بخلافه فتناظرا في ذلك فقال له ابن عباس : إما لا [1] فسل فلانة الأنصارية هل أمرها رسول الله – ﷺ – بذلك ؟ فسألها زيد ثم رجع يضحك ويقول ما أراك إلا قد صدقت ، فرجع عن رأيه" [2]

وقال ابن عمر – رضي الله عنهما- : كنا نخابر [3] ولا نرى بذلك بأساً حتى زعم رافع أن رسول الله – ﷺ – نهى عنها فتركناها لأجل ذلك"[4] وعن مخلد بن خفاف قال: ابتعت غلاماً فاستغللته [5] ثم ظهرت منه على عيب ، فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز – رحمه الله عنه- فقضى لي برده وقضى عليّ برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته، فقال: أرح إليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله – ﷺ – قضى في مثل هذا: أن الخراج بالضمان [6] ، فعجلت إلى عمر فأخبرته بما أخبرني به عروة عن عائشة عن رسول الله ﷺ فقال: ما أيسر هذا عليّ من قضاء قضيته ، اللهم إنك تعلم أني لم أرد فيه إلا الحق ، فبلغني فيه سنة رسول الله فأُرد قضاء عمر وأنفذ سنة رسول الله ﷺ ، فراح إليه عروة ، فقضى لي :أن آخذ الخراج من الذي قضى عليّ له"[7] والأمثلة من مواقف السلف في هذا فوق العد والحصر .

بل إجماع الأمة على ذلك . قال الإمام الشافعي –رحمه الله-:"أجمع الناس على أن من استبانت له سنة رسول الله ﷺ لم يكن له أن دعها لقول أحد من الناس" اهـ [8] وهذا قول كل من يعتد به من أهل

---

[1] قال ابن الأثير في "النهاية" [72/1]:" أصلها :أن وما ولا ، فدغمت النون في الميم وما زائدة في اللفظ لا حكم لها ومعناها: إن لم تفعل فليكن هذا " وانظر مشارق الأنوار [37/1] وقواعد إعلام الموقعين ص397 .

[2] أخرجه البخاري في كتاب الحج –باب إذا حاضت المرأة بعد ما أفاضت [رقم 1758] ومسلم في الحج –باب وجوب طواف الوداع وسقوطه عن الحائض [رقم1327] واللفظ لمسلم .

[3] المخابرة: هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها على الشيوع وهذا جائز وهوماكان يفعله ابن وغيره وقد عامل النبي ﷺ يهود خيبر على ذلك ، أما المخابر التي أخبر زيد أن النبي ﷺ نهى عنها هي: أن يجعل المزارع لصاحب الأرض ما على الجداول والسواقي أو أن يجعل له جانباً معيناً من الزرع وهي محرمة ، لأن في ذلك غرراً وجهالة ٠ انظر انظر إعلام الموقعين [285/2] ومختصر الفقه الإسلامي للتويجري ص735 .

[4] أخرجه مسلم في البيوع –باب كراء الأرض [رقم1547] وأبو داود في الإجارات – باب في المزارعة [رقم3389] والنسائي في الأيمان والنذور –كتاب المزارعة باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع واختلاف ألفاظ الناقلين للخبر [رقم 3926–3928] وابن ماجه في الرهون باب المزارعة بالثلث والربع[رقم2450]وانظر إعلام الموقعين [267/2–281–296–712] .

[5] استغللته – استخدمته واستفدت غلته .

[6] الخراج ما يستفاد من المبيع قبل ظهور العيب القديم ومعنى الحديث :أن المشتري إذا رد المبيع لعيب كان به قبل شرائه ولم يكن يعلم به ، فما استفاد منه في تلك الفترة يكون في مقابل ماكان عليه من ضمان المبيع ، لأن المبيع لو تلف قبل رده يكون من ضمان المشتري انظر إعلام الموقعين [262/2] .

[7] أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه [176/8–177] .

[8] انظر إعلام الموقعين لابن القيم [383] والشرح الصغير للشيخ الدردير [21/5–22] وتبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي[188/4] وروضة الطالبين للنووي [151/11] والأشباه والنظائر للسيوطي ص 105 .

العلم ، كما قال القرافي : كل اجتهاد خالف الكتاب أو الســـنة أو الإجماع ينقض ، كما لو حكم حاكم :أن الميراث كله للأخ دون الجد ، فإن الأمة على قولين : المال كله للجد أو يقاسم الأخ ، أما حرمان الجد بالكلية فلم يقل به أحد ، فمتى حكم به حاكم بناء على أن الأخ يدلي بالبنوة والجد يدلي بالأبوة ، والبنوة مقدمة على الأبوة ، نقضنا هذا الحكم وإن أفتى به أحد لم نقلده " اهـ [١]

فمن أمثلة الاجتهاد المخالف لصـــريح القرآن ما أفتى به بعض المعاصـــرين من إباحة ربا النســـيئة للاستثمار، فالممنوع عندهم ما كان للاستهلاك لما فيه من استغلال حاجة المحتاج أما إذا كان للاستثمار فلا مانع ،لأن المستثمر إنما يريد تنمية ماله والتوسع لثروته ، فمادام كذلك فلا استغلال ولا ظلم يقع عليه، كما قالوا بإباحة القرض بالربا للدولة ، لأن الدولة تقوم بسـد حاجة الأفراد ، والحاجة العامة كالضـرورة في حق الفرد فهذا اجتهاد باطل و مردود ولا شـــك لأنه على خلاف النص القرآني الصـــريح في تحريم الربا ولاســـيما ربا النســـيئة ، قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا ﴾ [٢] ومن أمثلة الاجتهاد المقابل للنص الصريح : إسقاط الدين الثابت في الذمة بالتقادم ، وهذا فيه أكل لأموال الناس الباطل ، الذي جاء القرآن بتحريمه، قال تعالى: ﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ [٣] ومنها القول بقطع يد المختلس والخائن قياساً على السارق ، في مقابل النص الوارد في عدم قطع يد الخائن والمختلس [٤] .

موقف العلماء من الاجتهاد المخالف للقياس الجلي:

فقد أبطل المالكية والشـــافعية كل اجتهاد خالف قياســـاً جليا، لأنه حكمه حكم النصّ [٥] أما الحنابلة فقالوا بعدم إبطاله باعتبار أن القياس نوع من الاجتهاد، والاجتهاد لا يبطل بالاجتهاد [٦]

أما الاجتهاد المخالف للقواعد الفقهية فقد رأى بعض أهل العلم نقضـــه وعدم اعتباره.قال الإمام القرافي : " إن قضاء القاضي إذا خالف إجماعاً أو نصاً أو قياساً جلياً أو القواعد نقضناه" اهـــ [٧] وهو رأي الإمام العز بن عبد السلام [٨] وأبى ذلك آخرون.

---

[١] الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام للقرافي ص١٣٠ والشرح الصغير للدردير [٢١/٥] .

[٢] سورة البقرة الآية[٢٧٥] .

[٣] سورة البقرة الآية [١٨٨] .

[٤] ينظر الحديث؟

[٥] انظر الشـــرح الصـــغير للدردير [٢١/٥-٢٢] والفروق للقرافي [١٠٧/٢] وروضـــة الطالبين للنووي [١٥١/١١] والنثور في القواعد للزركشي [٦٢/٢] .

[٦] المبدع في شرح المقنع لابن مفلح [٤٩/١٠] ط: بيروت –المكتبة الإسلامية.

[٧] الفروق للقرافي [١٠٧/٢] وانظر تنقيح الفصول للقرافي ص[٤٤١] والشرح الصغير للدردير [٢١/٥-٢٢] .

[٨] قواعد الأحكام في مصالح الأنام[٥٧/٢] .

والذي يتبين لي –والله أعلم– أن الأمر يختلف باختلاف أنواع القواعد، فالقواعد المستمدة من النصوص القرآن والسنة مباشرة ، كقوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [1] وكقوله عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار) [2] وكذا القواعد المبنية على النصوص الواضحة الدلالة كقاعدة " المشقة تجلب التيسير "و"الأمور بمقاصدها" مثل هذه القواعد يجب نقض ما يخالها من رأي واجتهاد، لأنها تصلح بذاتها أدلة للأحكام كما تقدم في فصل" الاستدلال بالقواعد الفقهية" من هذا البحث، أما القواعد المبنية على الاجتهاد والاستنباط من علل الأحكام، مع مالها من أهمية فهي دون النوعين الأولين ، ولا يُنقض ما يخالفها من الاجتهاد ، لأنها اجتهاد والاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد كما سيأتي بيانه. ولعل الإمامين العز بن عبد السلام والقرافي قصدا بقوليهما النوعين الأولين.

فخلاصة القول:أن الاجتهاد المخالف للأدلة الشرعية الأصلية من نصوص القرآن والسنة وإجماع علماء الأمة والقياس الجلي ونحوه فالاجتهاد الخاطئ باطل وما بني عليه باطل فو بنى الحاكم حكمه على اجتهاد خاطئ نُقِض ولو ترتب عليه فوات حق أو ضرر، فإن مما يمكن مثله من مثله فلا حرج عليه وإلا كان مسئولاً مما ترتب عليه، وقال بعضهم لا تبعة على الحاكم فيما ترتب على حكمه محتجين بما جاء في بعض كتب الفقه: من أن القاضي أو الحاكم إذا ترتب على إقامته الحد الشرعي أو أية عقوبة أخرى موت المعاقب أو تلفه ، فلا ضمان عليه ، مادام في حدود صلاحيته وفقاً لأحكام الشرع [3] فالفقهاء عندما قرروا عدم مسآلة القاضي أو الحاكم عن نتيجة عمله في تنفيذ الأحكام الشرعية ، كانوا ينطلقون من واقع غير واقعنا اليوم، حيث كان يُشترط في القاضي العلم الواسع بأحكام الشرع ، بل اشترط بعضهم درجة الاجتهاد مع الورع والعفة وقوة الشخصية ومعرفة أعراف مجتمعه، والتصرف في أحكامه وفق الشرع دون تجاوز منه وإلا كان مسئولا عما يقع منه من ضرر . قال الإمام ابن قدامة المقدسي :" لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في سائر الحدود أنه إذا أتى بها على والوجه المشروع من غير زيادة ، أنه لا يضمن من تلف فيها – لأنه مأمور به – وإن زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه، لأنه تلف بعدوانه ، فأشبه مالو ضربه في غير الحد" اهـ [4] واستثنى بعض الفقهاء حد الخمر من سائر الحدود، بحيث لو تلف المحدود في الخمر كان فيه الضمان ، لما رواه البخاري وغيره عن على بن أبي طالب – رضي الله عنه– أنه قال:" ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد في نفسي إلا صاحب الخمر ، فإنه لو مات وديته– أي

---

[1] سورة الحج الآية [٧٨] .

[2] تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٥ .

[3] انظر شرح قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م [٢٨٢/٢] لقاضي المحكمة العليا محمد صالح على.

[4] المغني لابن قدامة [٣١١/٨] .

دفعت ديته لأهله- وذلك أن رسول الله ﷺ لم يسنه" [1] وعند النسائي وابن ماجه من حديث أبي سعيد قال: سمعت علياً يقول:" من أقمنا عليه حداً فمات فلا دية له إلا من ضربناه في الخمر " [2] قال الحافظ ابن حجر:" اتفقوا على أن من مات في الحد فلا ضمان على قاتله إلا في الخمر- قال الشافعي :إن ضرب بغير السوط فلا ضمان عليه وإن ضربه بالسوط ضمن ، وكذا لو زاد على الأربعين " [3]

واختلف الفقهاء في سريان القود. قيل لا ضمان فيه وبه قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني وابن المنذر وروي ذلك عن أبي بكر وعمر -رضي الله عنهما- وقال بالضمان عطاء وطاوس والزهري والنخعي وأبو حنيفة [4] ، وكذا اختلف الفقهاء في التلف من العقوبة التعزيرية فذهب فقهاء المالكية والأحناف إلى عدم الضمان مادام حدود الشرع ،لأنه مأمور بذلك ، والمأمور لا يتقيد بشرط السلامة وقال الشافعية بالضمان لأنه لم يؤمر بإتلافه [5] ومن الاجتهاد الخاطئ الخروج على مقصد المشرع بتأويل النص أو تحريفه أو تحميله ما لا يحتمل من المعاني ، كتفسيره بما يخرجه عن معناه المقصود . وقد تقدم أن الاجتهاد نوعان:

١. الاجتهاد في فهم النص وتحقيق المناط لتنزيل النص على الواقع وهذا الاجتهاد واجب على القضاة والحكام والمفتين، لأنه لا يمكن تطبيق الأحكام إلا به وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.
٢. الاجتهاد بالرأي والقياس : وهذا لا يجوز إلا عند عدم النص . وهو المقصود بهذه القاعدة ، فعلى القاضي عند عدم النص الذي يحكم الواقعة أن يجتهد لتحقيق العدل ورفع الظلم وفق ضوابط الاجتهاد الفقهي التي ذكرها الفقهاء . فإذا لم يجد القاضي أو المفتي نصاً في المسألة، يجتهد رأيه، ويهتدي في ذلك بالمبادئ التي ذكرها بعض أهل العلم على الوجه التالي:

أولاً: مراعاة الإجماع وما تقتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة، وما تهدي إليه توجيهاتها من تفصيل المسألة.

ثانياً: القياس على أحكام الشريعة تحقيقاً لعللها أو تمثيلاً لأشباهها أو مضاهاة لمنهجها في نظام الأحكام.

ثالثا: اعتبار ما يجلب المصالح ويدرء المفاسد ، وتقدير ذلك بما يتوخى مقاصد الشريعة أو أغراض الحياة الشرعية الكاملة في ظروف الواقع الحاضر وبما لا تلغيه النصوص الشرعية الفرعية .

رابعاً: استصحاب البرآة في الأحوال والإباحة في الأعمال واليسر في التكليف

---

[1] صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري لابن حجر [٦٧/١٢] والحديث [رقم ٦٧٧٨] .

[2] انظر فتح الباري [٧٩/١٢] .

[3] نفس المرجع .

[4] المغني لابن قدامة [٧٢٧/٧] والكافي لابن عبد البر المالكي ص٥٩١ وما بعدها .

خامس ما ذهب إليه فقهاء الشريعة في فتاوى فرعية وما قرروه من قواعد فقهية.

سادساً: مراعاة العرف الذي لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية .

سـابعاً: توخي العدالة التي تقرها الشـرائع الإسـلامية وحكم القسـط الذي ينقدح في الوجدان السـليم إذا روعيت "هذه الضـــوابط التي تضـــمنتها هذه المادة لو روعيت حق رعايتها لما خرج حكم واقعة من إطار أحكام الشريعة الإسلامية.

٢- القاعدة الثانية: " الاجتهاد لا يُنقض بمثله"أو " الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد"أو " الاجتهاد لا يُحرّم الاجتهاد" ١

هذه القاعدة ذات شـأن عظيم ولا سـيما في القضـاء والحكم ، لأن الحكم المسـتند إلى الاجتهاد مصــــدره فهم وظن المجتهد ، فمادام الأمر كذلك لا يبعد أن يتغير هذا الاجتهاد في القضــــايا المماثلة تبعاً لاختلاف مفاهيم المجتهدين ، بل قد يتغير اجتهاد المجتهد الواحد في القضــــايا المماثلة لتغير نظرته من آن لآخر وفقاً لما يظهر له من إمارات جديدة. فلو نُقض الحكم المبني على الاجتهاد باجتهاد آخر لما اســــتقر حكم ، مما يسـبب الحرج والمشـقة للقضـاة والمتقاضـين ويؤدي إلى اضـطراب الأحكام وعدم الثقة بالحكام وأحكامهم. قال الشـيخ أحمد الزرقاء- رحمه الله-: " الاجتهاد لا ينقض بمثله إجماعاً في المسـائل التي يسـوغ فيها الاجتهاد، لأنه لو نُقض الأول بالثاني لجاز أن يُنقض الثاني بالثالث، لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير، وذلك يؤدي إلى عدم الاســـتقرار، وهذا في حق الماضـــي، فلو حكم قاض في حادثة باجتهاده، ثم تبدل اجتهاده ورفع إليه نظيرها، فقضـــى فيها باجتهاده الثاني، لا يُنقض الأول، لقول عمر بن الخطاب — رضي الله عنه- حين قضى في حادثة بخلاف ما قضى في مثلها من قبل فقيل له في ذلك-:" تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي" ٢ وكذلك لو كان بين قاضيين، بأن قضى شافعي مثلا في حادثة مجتهد فيها بمذهبه، ثم رفعت لآخر حنفي مثلاً يرى فيها غير ذلك لا يجوز له نقض قضـاء الأول، بل يجب عليه تنفيذه ويحكم في غيرها بما يراه" ٣

---

١ انظر المنثور في القواعد للزركشـي [٩٣/١] والأشـباه والنظائر للسـيوطي ص١١٣ والأشـباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٥ والفرائد البهية ل محمد حمزة ص١٥ ومجلة الأحكام العدلية [م/١٦] والمدخل الفقهي العام للدكتور الزرقاء [ف/٦٢٤] ورســالة الأصول للكرخي ص١٧١ .

٢ أخرجه عبد الرزاق الصـنعاني في مصـنفه في كتاب الفرائض [٢٤٩/١٠-٢٥٠ رقم١٩٠٠٥] وكذا سـعيد بن منصـور في الفرائض باب قول عمر في الجد[٥٠/١رقم ٦٢] والبيهقي في الفرائض باب المشركة [٢٥٥/٦] وكذا في آداب القاضي – باب : من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده [١٢٠/١٠] والبخاري في " التاريخ الكبير" [٣٣١/٢-٣٣٢] وقد أعله .

٣ شرح القواعد ص ١٥٥٠ .

وخلاصة القول: أن الاجتهاد المستوفي لشروطه إذا اتصل بالحكم أو القضاء لا يجوز نقضه بمثله من نفس المجتهد أو من غيره، وذلك للأسباب التالية:

١. لو جاز نقض الاجتهاد الأول بالثاني لجاز نقض الثاني بالثالث وهكذا إلى ما لانهاية، لجواز اختلاف الأنظار والمفاهيم مما يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام [١].

٢. نقض الأحكام الاجتهادية بمثلها يؤدي إلى الاضطراب وعدم الثقة بالأحكام وذهاب هيبة القضاء من النفوس مما يسبب الفوضى وانتشار الفساد والظلم وتفويت فائدة نصب القضاة للفصل في الخصومات[٢].

٣. اتفق الفقهاء على أن للقاضي أن يقضي في المسائل الاجتهادية بما ترجح عنده، ويكون قضاؤه مجمعاً على صحته ، فلو نُقض بعد ذلك باجتهاد آخر، فسينقض بما اختلف الفقهاء في صحته، فسيكون هنا من باب نقض القطعي بالظني، وهذا لا يجوز باتفاق [٣] قال الإمام الزركشي :" اتفق العلماء على أنه لا يُنقض حكم حاكم في المسائل المجتهد فيها وأن قلنا: المصيب واحد. لأنه غير متيقن وإن كان الثاني أقوى من الأول لا يُنقض به غير أنه لا يعمل فيما يستجد له إلا بالثاني" [٤]

ومن القواعد الهامة في هذا الباب " حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف".

قال القرافي – رحمه الله– :" الفرق السابع والسبعون بين قاعدة الخلاف يتقرر في مسائل الاجتهاد قبل حكم الحاكم وبين قاعدة مسائل الاجتهاد يبطل الخلاف فيها ويتعين قول واحد بعد حكم الحاكم :اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويُرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء ، فمن لا يرى وقف المشاع، إذا حكم الحاكم بصحة وقفه، ثم رفع الواقعة لمن كان يرى بطلانه نفّذه وأمضاه ولا يحل له أن يفتي ببطلانه" اهـ [٥]

---

[١] انظر المستصفى للإمام الغزالي [٢/٣٨٢] وجمع الجوامع مع شرح الجلال [٢/٣٩١] وفواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت [٢/٣٩٥] .

[٢] انظر الفروق للقرافي [٢/١٠٤] وبدائع الصنائع للكاساني [٩/٤١٠٥] .

[٣] الإحكام في أصول الأحكام للآمدي [٢/٢٨٢] ط: القاهرة ١٩٦٨م .

[٤] المنثور في القواعد [١/٩٣] .

[٥] الفروق [٢/١٠٣] .

أدلة هذه القاعدة:

١. ما ثبت عن أمير المؤمنين عمر– رضـي الله عنه– أنه حكم في امرأة توفيت عن أم وأخوين شـقيقين وأخوين لأم وزوج. فأعطى الزوج النصف وللأم السدس ولأخوي الأم الثلث، ولم يعط الشقيقين شيئاً، ثم رُفعت إليه حادثة مثلها، فأعطى الزوج النصف وللأم السدس وأشرك في الثلث الشقيقين مع أخوي الأم. فقيل له : إنك لم تشـرك بينهم عام كذا. فقال:" تلك على ما قضـينا يومئذ وهذا على ما نقضي اليوم"[1] ثم جرت هذه القولة العمرية مجرى القاعدة [2].

٢. عن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه–: أنه لقي رجلاً فقال: ما صنعت ؟ – وكان عمر يومئذ أميراً للمؤمنين – قال الرجل قضـى عليٌّ وزيد بكذا . قال عمر: لو كنت أنا لقضـيت بكذا ، قال الرجل: فما يمنعك والأمر إليك . قال : لو كنت أردك إلى كتاب الله أوإلى سـنة رسـول الله ﷺ لفعلت، ولكن أردك إلى رأي ، والرأي مشترك " [3] قال العلامة الصدر الشهيد:" وفي الأثر دليل على أن المجتهد يُخطئ ويصيب وفيه دليل على أن كل حكم قُضي بالاجتهاد لا يُنقض بمثله" اهـ[4].

٣. ثبت أن عمر – رضـي الله عنه– كان يختلف في قضـايا مع أبي بكر –رضـي الله عنه– وعندما تولى عمر الخلافة أمضى في تلك القضايا حكم أبي بكر[5] .

٤. أورد البيهقي في سننه بسنده: أن عمر –رضي الله عنه –حكم في جماعة من أهل نجران وقد عارضه في ذلك علي – رضـي الله عنه– واستشـفع عند عمر ليغير حكمه، فأبى عمر، وعندما تولى عليٌّ الخلافة جاءه وفد نجران، فقالوا يا أمير المؤمنين شـفاعتك وخط يمينك– يطلبون منه نقض حكم عمر فيهم– فقال: ويحكم إن عمر كان رشـيد الأمر . فلم ينقض حكمه" [6] كل هذه الأحكام من عمر ومن علي كان بحضـرة الصـحابة ولم يُنقل عن أحدهم خلاف ذلك، لذا حكى الإجماع على هذه القاعدة كثير من أهل العلم [7]

---

[1] انظر مصـنف عبد الرزاق [٢٤٩/١٠-٢٥٠] والسـنن الكبرى للبيهقي – الفرائض – باب المشـتركة–[٢٥٥/٦] وكذا عند البيهقي باب آداب القاضي [١٢٠/١٠] وسنن سعيد بن منصور في الفرائض [٥٠/١ رقم ٦٢ .

[2] انظر غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي [١٤١/١] .

[3] انظر فتح القدير لابن الهمام [٣٠٤/٧] وإعلام الموقعين لابن القيم [٦٥/١] ط القاهرة .

[4] انظر شرح أدب القاضي للخصاف [١٧٨/١] وقواعد الندوي ص٤٤٣ .

[5] السنن الكبرى للبيهقي [١٢٠/١٠] والمغني لابن قدامة [٥١/١٠-٥٢] .

[6] نفس المصادر السابقة .

[7] انظر المنثور للزركشي [٩٣/١] ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام [٣٠/١] وشرح القواعد للزرقاء ص١٥٥.

ملاحظة:

إن قاعدة " الاجتهاد لا يُنقض بمثله" خاصـــة بالأحكام المبنية على الاجتهاد والرأي لعدم النص. أما إذا كان الحكم جاء مخالفاً للنص الصريح فلا خلاف في نقضه كما تقدم.

الفصل الثاني

في أحكام التابع [1]
وعلاقة الفرع بالأصل
وأُثر بطلان الأصل على فرعه

هذا الفصل يتضمن سبع قواعد هامة كل قاعدة منها بمثابة مبحث في هذا الفصل وهي :

١. التابع تابع.
٢. التابع لا ينفرد بالحكم ما لم يكن مقصودًا.
٣. من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته.
٤. الفرع يسقط إذا سقط الأصل .
٥. قد يثبت الفرع مع سقوط الأصل.
٦. يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع.
٧. إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .

فإليك بيان كل قاعدة من هذه القواعد بتوضيح معناها وتطبيقاتها في الفروع الفقهية في اختصار غير مخل.

القاعدة الأولى : " التابع تابع"

معنى القاعدة : أن التابع في الوجود لغيره حقيقة أحكما ، ينسحب عليه حكم المتبوع ، إذ التابع لا يحمل وجودا مستقلاً. مثال التابع لغيره حقيقة: كالجلد للحيوان ، والحمل في بطن أمه، أما التابع لغيره حكماً : فكالشجر والبناء القائمين في الأرض وكحقوق الارتفاق للدار[2] فمن باع بهيمة في بطنها حملٌ ، فالحمل تابع للبيع ولا يجوز بيعه استغلالاً ، وكذا الجلد مع الحيوان، وحقوق الارتفاق ، كحق المرور والشرب وكل ما جرى العرف بأنه من توابع الشيء يدخل معه في البيع من غير اشتراط، كالنوافذ والأبواب والخزانات المائية الثابتة في الدور[3] وكذا زوائد المبيع قبل القبض تكون للمشتري وزوائد الرهن تكون مع الأصل المرهون. وكذا يدخل التابع في الشهادة والقضاء إذا كان مسكوتاً عنه ، أما إذا لم يكن مسكوتاً عنه ، بل ادعى

---

[1] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر : ١٥٤/١ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧ والأشباه والنظائر لأبن نجيم ص ١٣٣ والقواعد الفقهية للندوي ص ٤٠١ .

[2] نفس المرجع .

[3] انظر الوجيز للبرنو ص٣٣١ .

المدعى عليه عدم دخوله ، فإن الدعوى تُسمع فيه والشهادة تُقبل عليه، كما لو ادعى شخص أرضاً فأقام شاهدين شهدا له بالأرض وسكتا عما عليها من بناء وشجر ، دخلا تبعاً للأرض ، ولكن لو ادعى المدعى عليه الشجر والبناء تُسمع دعواه وله أن يُقيم البينة عليها، هذا في التابع الذي يقبل الانفكاك عن المتبوع ، أما التابع الذي لا يقبل الانفكاك كالحمل في بطن أمه ، فلا تُسمع فيه دعوى المدعى عليه ، كل ذلك فيما إذا دخل التابع بالتبعية التلقائية كالأمثلة المتقدمة، أما دخل التابع التابع قصداً فلا تُسمع فيه دعوى استثنائه، كما ادعى شخص داراً فأقام البينة على دعواه وحُكم له بكل الدار، ثم ادعى المدعى عليه بعض الدار أو أرضها. لا تُسمع دعواه ، لأن اسم الدار يشمل البناء والأرض معاً ، فصار المدعى به مسكوتاً عنه قصداً [1].

أصل هذه القاعدة:

ما رواه جابر بن عبد الله –رضي الله عنهما– عن رسول الله ﷺ أنه قال: (ذكاة الجنين ذكاة أمه) [2] فلو ذُكّيت بهيمة ووجد في بطنها جنين ميت جاز أكله – على خلاف بين العلماء في مواصفات هذا الجنين– باعتباره أنه جزء من أمه وتابع لها في أحكامها، فالذكاة التي على الأم تعم جميع أجزائها ، فلا يحتاج كل جزء منها لذكاة ، فالجنين جزء منها ، لذا كان ذكاة الأم ذكاة لها وقد بنى الفقهاء على هذا الحديث عدة مسائل في الأبواب المختلفة من الفقه. من أمثلتها:

١. أن الولد تابع للأم في الحرية والرق. فو لد الحر مع الأمة عبد، وولد العبد مع الحرة حر [3] .
٢. إذا اشترى مسلم طفلاً مملوكاً كافراً يكون مسلماً تبعاً [4].
٣. من استنبط في ملكه أو أرض استأجرها عين ماء، ملكه، ولكن لا يملك بيع الغنم لله الأولية في استعمال هذا الماء لكشربه وسقي زرعه ونحوه وما فضل عنه لزمه بذله لغيره ، وجاز له على حصول معاوضة

---

[1] انظر شرح القواعد للزرقاء ص ٢٥٣وما بعدها .

[2] أخرجه أبو داود في الأضاحي –باب ما جاء في ذكاة الجنين[رقم ٢٨٢٨] والدارمي في الأضاحي –باب ذكاة الجنين [٨٤/٢] والدار قطني في سننه – كتاب الصيد والذبائح [٢٧٣/٤] والبيهقي في السنن الكبرى – في الضحايا ، باب ذكاة ما في بطن الذبيحة [٣٣٤/٩-٣٣٥] والإمام أحمد في المسند [٣١/١، ٣٩، ٤٥، ٥٣] وفي إسناد ضعف ، ولكن للحديث شواهد ومتابعات تقويه ، ولذا صححه الحاكم في المستدرك[١١٤/٤] ووافقه الذهبي وابن القيم ٠ انظر إعلام الموقعين لابن القيم[٣٧٢/٢] و[٤٧٢/٤] وتهذيب السنن له [١١٩/٤] ونصب الراية للزيلعي[١٨٩/٤-١٩٢] وتلخيص الحبير للحافظ ابن حجر [١٥٦/٤-١٥٨] وإرواء الغليل [رقم٢٥٣٩] وقواعد الإعلام لجمعة الجزائري ص٤٢٤ .

[3] انظر إعلام الموقعين لا بن القيم [٢٨/٢-٣٠].

[4] نفس المرجع [٤٥٣/٣] .

عنه بشـيئ من الحيل الشـرعية كأن يبيع جزء العين كالنصـف والثلث أو يؤجره ذلك، فيكون الماء بينهما على حسـب ذلك ، ويدخل الماء تبعا لملك العين أو منفعتها . ولا تدخل هذه الحيلة تحت النهي عن بيع الماء، فإنه لم يبعه، إنما باع العين والماء دخل تبعاً، والشيء قد يستتبع ما لا يجوز أن ينفرد[1] .

استثنآت من هذه القاعدة:

استثنى الفقهاء عدة مسائل من هذه القاعدة . منها:

١. لو أبرأ الدائن الكفيل صح الإبراء مع بقاء الدين ، وكذا لو أسـقط الدائن حقه في حبس الرهن مع بقاء الدين . مع أن كلا من الكفيل والرهن تابعان للدين [2] .
٢. يجوز إعتاق الحمل دون أمه ، بشرط أن يولد في أقل من ستة أشهر، كما يجوز إفراده بالوصية[3] .

القاعدة الثانية:" التابع لا يفرد بالحكم ما لم يكن مقصوداً" ٤

هذه القاعدة من توابع القاعدة السـابقة ومفادها : أن التابع لا يسـتقل عن المتبوع في أحكامه، وأن ما لم يوجد مسـتقلاً بنفسـه بل وجوده يتبع لوجود غيره ، فهو ينزل منزلة المعدوم من حيث تعلق الأحكام ، فلا يجوز إفراده بالحكم ، كبيع الجنين في بطن أمه منفرداً ، فقد سـبق في القاعدة السـابقة عدم جواز بيع البهيمة الحامل باسـتثناء ما في بطنها ، وهنا بيان لعدم جواز بيع الحمل منفرداً عن أمه، وكذا يمنع بيع حقوق الإرتفاق دون العقار المرتفق. أما إذا كان التابع مقصوداً بذاته فإنه يُفرد بالحكم كزوائد المغصوب المنفصلة عنه ،فإنها تكون أمانة في يد الغاصب، يضمنها بالتعدي أو الامتناع عن التسليمها عند الطلب ٥

القاعدة الثالثة:" من ملك شيئاُ ملك ما هو من ضروراته" ٦

وهذه القاعدة كسابقتها من توابع قاعدة" التابع تابع"

---

[1] إعلام الموقعين لابن القيم [٣/٤٥٣] .

[2] انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٧ .

[3] الوجيز للبرنو ص٣٣٢ .

[4] المنثور في القواعد للزركش [١/٢٣٤] والأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٧ والأشباه لابن نجيم ص١٢٠ وقواعد الخادمي ص٣١٥ ومجلة الأحكام العدلية[م/٤٨] وشرح القواعد للزرقاء ص٢٥٧ .

[5] شرح القواعد للشيخ أحمد الزرقاء ص٢٥٧ .

[6] انظر قواعد الخادمي ص٣٣٢ ومجلة الأحكام العدلية [م/٤٩] والمدخل الفقهي العام للزرقاء [ف/٦٣٥] .

شرح القاعدة: قولهم:"من ملك شيئاً"– أعم من كونه ملك عين أو تصرف[1] و "الضرورة" هنا بمعنى اللزوم وليست بمعنى الاضطرار. فمن ملك شيئاً– ملك ما هو من لوازمه عقلاً أو عرفاً ولو لم يشترط في العقد[2] .

من تطبيقات هذه القاعدة :

١. أن من ملك أرضاً ملك ما فوقها وما تحتها ، فكل أقليم في حدودها الجغرافية تملك الأرض وأجواءها وما تحت الأرض من معادن وغيرها وكذلك كل فرد يملك ما فوق أرضه وما تحتها وفق ما يحدده العرف، فلا يجوز لأحد أن يمد بناءه فوق ملك أحد إلا بإذنه ، ويجوز لصاحب الأرض أن يطالب [إزالة الأغصان التي تمتد فوق أرضه ، كما لا يجوز لأحد أن يحفر تحت ملك الغير بدون إذنه .

٢. من اشترى داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة لعدة دور، يملك بحكم التبعية حصة الدار من الطريق في هذه السكة، ولو لم ينص في العقد، لأن الطريق من لوازم الدار. والأمثلة هنا غير منحصرة بل كل شيء يعتبر من لوازم ما يُملك عرفاً أو عقلاً فهو تابع له.

القاعدة الرابعة: " الفرع يسقط إذا سقط الأصل " ٣

أو "إذا سقط الأصل سقط الفرع ولا العكس" ٤

أو " التابع يسقط بسقوط المتبوع" ٥

أو" ثبوت الفرع بدون أصله ممتنع" ٦ .

هذه القاعدة أيضاً من توابع قاعدة" التابع تابع". وهي قاعدة شبه مطردة في المحسوسات والمعقولات. فالشيء الذي يكون وجوده أصلا لوجود شيئ آخر يتبعه في الوجود ويكون فرعاً مبنياً عليه كالشجرة التي إذا ذويت ذوي أقصانها وذوي ثمرها [7]وكشروط العقد تسقط ببطلان العقد .

---

[1] شرح القواعد للشيخ أحمد الزرقاء ص٢٦١ .

[2] الوجيز للبرنو ص ٣٣٤ .

[3] النثور في القواعد للزركشي [٢٣٥/١] والأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٨ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢١ وقواعد الخادمي ص٣٣٤ والمجلة[م/٥٠] والمدخل للزرقاء [ف/٦٣٨] وقواعد المقّري [ق/١٥] وقواعد الونشريسي [ق/٦١] .

[4] شرح القواعد للزرقاء ص٢٦٣ .

[5] الوجيز للبرنو ص٣٣٦ .

[6] قواعد إعلام الموقعين لجمعة الجزائري ص ٤٢٧ .

[7] الوجيز للبرنو ص٣٣٦ وتهذيب السنن لابن القيم [٣٢٧/٥] .

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا برأ المدين برأ الكفيل والضـــامن ولا عكس [1] وكذا لو أبرأ المرتهن الراهن من الدين أو وهبه له سقط ضمان الرهن وانقلب أمانة في يده لا يضمنها إلا بالتعدي أو التفريط، بخلاف ما بعد إيفاء الدين وقبل رد الرهن لو هلك ضمنه [2] .

من مسائل هذه القاعدة: صحة ضمان دين الميت وإن لم يخلّف وفاء، لأنه لو خربت ذمته لبطل الضمان بموته، فإن الضمان فرعه وقد خربت ذمة الأصيل ، فلما أُستديم الضمان ، ولم يبطل بالموت علم أن الضمان لا ينافي الموت ، فإنه لو نفاه ابتداء لنفاه استدامة[3] .

القاعدة الخامسة : " قد يثبت الفرع مع سقوط الأصل" ٤

هذه القاعدة عكس سـابقتها ، وتعتبر من اسـتثنآت قاعدة " التابع تابع" وهي تعبّر عن إثبات الحقوق أمام القضاء ، ولا تبحث عن نشوئها في الواقع ، لأن وجود الفرع في الواقع يستلزم وجود الأصل الذي تفرع عنه، ولكن إثبات المسئوليات الحقوقية على الأشخاص قد تفقد وسائل إثباتها في حق الأصل وتتوافر في حق الفرع [5] .

من مسـائل هذه القاعدة: لو قال شخص لزيد على عمرو دين قدره كذا وأنا ضامن لهذا الدين. فأنكر عمرو الدين ، لزم الضـامن إن طلب بذلك زيد ، لأن الإقرار حجة قاصـرة ، والمرء مؤاخذ بإقراره . فهنا سقط الأصـل وهو ثبوت الدين على عمرو وثبت الفرع وهو ثبوت الضـمان بالدين على الضـامن . ومنها ما لو ادعى الزوج الخلع، وأنكرت الزوجة بانت منه ولم يثبت المال الذي هو الأصـل وثبتت البينونة التي هي الفرع عن المال [6] ومنها ما لو أقر أحد لشخص مجهول النسب أنه أخوه . فهذا الإقرار يمس حقوق الأب ،لأن فيه تحميلاً للنسـب عليه، لأنه كونه أخًا للمقر هو فرع عن ثبوته لأبيه ، فيحتاج إلى تصـديق الأب ، فإذا أنكر الأب ولم يمكن إثباتها بالبينة ، لا تثبت بنوته للأب ، ولكن المقر يؤخذ بإقراره فيقاسمه في حصته من ميراث أبيه .

---

[1] انظر قانون المعاملات السوداني لسنة ١٩٨٤م [م/٥٠٤/٦].

[2] شرح القواعد للزرقاء ص٢٦٣ .

[3] انظر إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم [٢/٤٥٦-٤٥٨].

[4] الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٩ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢١ والمدخل الفقهي العام للزرقاء[ف/٦٣٩] .

[5] نفس المرجع .

[6] الأشباه والنظائر للسيوطي ص١١٩ والأشباه لابن نجيم ص١٢١ وشرح المجلة للأتاسي [٢٣١/١].

القاعدة السادسة:" يُغتفر في التابع ما لا يُغتفر في المتبوع" [1]

هناك فرق بين الحكم الثابت أصالة وبين الحكم الثابت تبعاً. من حيث أن يُتسامح في التابع مادام تابعاً مالا يتسامح فيه إذا صار أصلاً متبوعاً – أي- مقصوداً.

من أمثلة تطبيقات هذه القاعدة:

١. الشفعة لا تثبت في الأبنية والأشجار استقلالاً وتثبت تبعاً إذا بيعت الأرض التي عليها الأبنية والأشجار [٢].

٢. يشترط في الوقف أن يكون عقاراً ، ولا يجوز وقف المنقول إلا تبعاً للعقار . وأجاز بعضهم وقف المنقول استقلالاً فيما جرى فيه العرف، ككتب العلم وأدوات الجنائز[٣] .

٣. لا يجوز بيع الزرع قبل بدو صلاحه وكذا الثمار ، ولكن لو بيعت الأرض المزروعة أو الأشجار المثمرة جاز دخول الزرع والثمر تبعاً للأرض بقيمتها [٤].

وقد تقدمت الأمثلة على عدم جواز بيع لوازم الشيء استقلالاً كحق الارتفاق للعقار ، وكجلد الحيوان والحمل في بطن أمه...الخ .

القاعدة السابعة:" إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه" أو " إذا بطل المتضمن- بكسر الميم- بطل المتضمن – بفتح الميم-"

أو " المبني على الفاسد فاسد" [٥] .

المتضمن – بكسر الميم- اسم فاعل وتضمن بمعنى : اشتمل واحتوى الشيء . والمتضمن – بفتح الميم- اسم مفعول وهو الذي يُحتوى ويدخل في شيء آخر.

والشيء قد يتضمن غيره حقيقة بأن يكون المتضمن من أجزاء مدلوله ويشمله المتضمن في حكمه ،كلفظ الأسد يدل على الحيوان المفترس الذي يزأر مطابقة ، ويدل على الحيوان الذي يزأر تضمنا ، فالزئير

---

[١] رسالة الأصول للكرخي ص١٦٦ وتأسيس النظر للدبوسي ص٦٨ والأشباه والنظائر لابن الوكيل [٤٢٦/٢] وقواعد المقري [ق/١٨٧] والمنثور في القواعد للزركشي[١٣٨/١] والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٣٣ والأشباه لابن نجيم ص١٣٥ ومجلة الأحكام العدلية [م/٥٤] ومجموع الفتاوى لابن تيمية [٤٨٠/٢٩] وقواعد ابن رجب الحنبلي [ق/١٣٣]وقواعد السعدي ص١٠٠ .

[٢] انظر قواعد الندوى ص٤٢٤ .

[٣] شرح المجلة للزرقاء ص٢٩٤ .

[٤] نفس المرجع .

[٥] انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٩١ وقواعد الخادمي ص٣١٢ ومجلة الأحكام العدلية [م/٥٢] ولا مدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى بن أحمد الزرقاء [ف/٦٤] .

من خصائص الأسد ، لأن كل واحد منهما جزء مدلوله. وهذا القسم من المتضمن يكون مصاحباً في الحكم المتضمن غير متأخر عنه زماناً وإن تأخر عنه رتبة، فمتى أُطلق المتضمن يشمل حكمه المتضمن، كالصلاة فهي تضمن أجزاء من واجبات وسنن وآداب، فإذا بطلت بطل جميع ما تضمنته، والمطلق متضمن للمقيد. فإذا نُسخ المطلق نسخ المقيد ضمناً[1] .

معنى القاعدة :

قولهم:" إذا بطل الشيء بطل ما تضمنه" فالبطلان إذا كان في غير العقود، يكون بطلاناً مطلقاً، فيزول أثره وكذا ما تضمنه، كالصلاة إذا بطلت بطل ما تضمنته من أجزاء. أما ما كان في العقود فالغالب إنما يراد به الفساد، ولا يُراد به حقيقة البطلان ، لأن العقد إذا كان باطلاً في المعقود لا يبطل ما تضمنه . فالعقد الباطل وجوده وعدمه سواء لعدم مشروعيته أصلاً، فإذا كان متضمناً لأمر يكون ذلك الأمر كأنه وجد مستقلاً غير متضمن في آخر، فيراعى ويعتبر، كمن عقد على أخته من الرضاع جاهلا بالحال فدخل بها، ثم علم أنها أخته من الرضاع، فيبطل العقد لعدم مشروعيته ولكن ما ترتب عليه من أحكام الدخول بها من إنجاب أو غيره فيعتبر. بخلاف العقد الفاسد، فإنه لأصل مشروعيته تترتب عليه الأحكام، فلا يمكن اعتباره كالعدم، أما غير العقود من التصرفات فالباطل والفاسد بمعنى واحد وهو البطلان المطلق كما تقدم [2] .

من تطبيقات هذه القاعدة:

إذا أقر شخص لآخر بشيء أو أبرأه، وكان هذا الإقرار أو الإبراء مترتباً على عقد كبيع أو صلح ثم انتقض البيع أو الصلح لسبب ما، بطل الإقرار والإبراء، وذلك كما لو اشترى شيئاً من آخر فإن شراءه منه يتضمن إقراره له بالملك أو شراه منه أقر له بوجوب الثمن في ذمته ثم إذا استحق هذا المبيع لشخص غير البائع بطل البيع وبطل ما تضمنه أو ترتب عليه من إقرار بالملك أو وجوب الثمن، ورجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان دفعه له، ولا يمنعه إقراره من ذلك، لأنه بطل ببطلان البيع الذي تضمنه، وكما إذا صالح البائع المشتري عن دعوى العيب على ما ل دفعه له ثم برأ أو صلح بدون معالجة من المشتري بطل الصلح ورجع البائع على المشتري بما دفعه له وكذا لو صالح المدعى عليه المنكر المدعي على مال دفعه له ، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له عليه شيء بطل الصلح ورجع المدعى عليه على المدعي بما دفعه له من بدل ، ولا يمنعه الرجوع ما تضمن عقد الصلح من اعتراف المدعى عليه بالمال المدعى به، لبطلان الصلح [3]

---

[1] الوجيز للبرنو ص٣٤٢ وشرح القواعد للزرقاء ص ٢٧٣ .

[2] انظر شرح القواعد للزرقاء ص٢٨١ والوجيز للبرنو ص٣٤٣ .

[3] انظر هذه الأمثلة " الدر المختار وحاشيته -رد المحتار - [١٩٩/٤-٢٠٠] وشرح القواعد للزرقاء ص٢٧٤ وما بعدها .

استثنآت من هذه القاعدة :

ذكر العلماء مسائل عدة مستثناة من هذه القاعدة. منها:

١. لو صالح الشفيع عن شفعته أو اشتراها منه بمال. لم يصح الصلح ولم يلزم المال وسقطت شفعته- بطل المتضّمن وهو دفع المال ولم يبطل المتضمن وهو سقوط الشفعة – بخلاف ما لو صالحه عن دعوى الشفعة فإنه يصح ويلزم المال[١].

٢. لو صالح الكفيل مكفولة بمال ليُسقط عنه الكفالة فأسقطها ، لا يلزمه دفع المال وسقطت الكفالة .

٣. لو اشترى شخص ثمراً بعضه غير مدرك، فاستأجر مشتري الثمار الشجر لإبقاء غير المدرك إلى وقت الإدراك، بطلت الإجارة ولا يبطل ما تضمنها من الإذن بإبقاء الثمر [٢].

٤. **لو استأجر شخص آخر على عمل وبعد إنجاز العمل اتضح أن عقد الإجارة كان فاسداً لسبب ما. يستحق المؤجر أجر المثل دون أن يتجاوز المسمى في العقد الفاسد**[٣]

[١] انظر شرح القواعد للشيخ الزرقاء ص٢٧٦ .

[٢] انظر شرح القواعد للزرقاء ص٢٧٨ .

[٣] المرجع السابق والمواد[٣٣٦و ٣٤٢و ٤١٢] من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

الفصل الثالث

في تصرف الإمام وأثر الجواز الشرعي على الضمان.

يتضمن هذا الفصل قاعدتين هما:

" تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" ١

الجوا ز الشرعي ينافي الضمان.

قواعد هذا الفصل يقصد منها حماية الأفراد وحقوقهم من تغول المسؤولين ، كما يقصد منها حماية المسؤولين من تبعات تصرفاتهم في حدود مسؤولياتهم تحقيقاً للمصلحة العامة ، مع مراعاة حقوق الأفراد وتعويضهم في الحد ود المعقولة من المال العام.

فالقاعدة الأولى " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة "

وقد عبّر العلامة تاج الدين السبكي عن هذه القاعدة بقوله:" كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة " [2] فعبارته هذه أشمل وأوسع من عبارة غيره حيث أدخل تحت القاعدة كل متصرف عن الغير سواء كان إماماً أو ناظر وقف أو وصي أو وكيل أو غيرهم .

قال الإمام العز بن عبد السلام – رحمه الله –:" يتصرف الولاة ونوابهم بما هو أصلح للمولى عليه درءاً للضرر والفساد وجلباً للنفع والرشاد ، ولا يقصر أحدهم على الصلاح مع القدرة على الأصلح إلا أن يؤدي إلى مشقة شديدة ، ولا يتخيرون في التصرف حسب تخيرهم في حقوق أنفسهم، قال تعالى: ﴿ وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ [3] إن كان هذا في حقوق اليتامى فأولى أن يثبت في حقوق عامة المسلمين فيما يتصرف فيه الأئمة من الأموال العامة، لأن اعتناء الشرع بالمصالح العامة أو فر وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة " [4] .

الأدلة على هذه القاعدة:

استدل العلماء على اعتبار هذه القاعدة بمجموعة من نصوص الكتاب والسنة كقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ [5] قال الإمام

---

[1] المنثور في القواعد للزركشي [٣٠٩/١] والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٣٤ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٢٣-١٢٤ ، ومجلة الأحكام العدلية [م/٥٨] وقواعد الخادمي بشرح أغاجي ص٣٠ والمدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقاء [ف/٦٦٢] والوجيز للبنو ص٣٤٧ .

[2] الأشباه والنظائر لابن السبكي [٣١٠/١] .

[3] سورة الأنعام الآية ١٥٢ .

[4] قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ص٥١ .

[5] سورة النساء الآية ٥٨.

القرطبي : " هذه الآية من أمهات الأحكام التي تضمنت جميع الدين والشرع....والأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس ، فهي تتناول الولاة فيما إليهم من الأمانات في قسمة الأموال ، ورد الظلامات والعدل في الحكومات....إلخ [1].

ومنها ما رواه البخاري في صحيحه من حديث ابن عمر – رضي الله عنهما – أن رسول الله – ﷺ – قال: (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته...الحديث)[2] فالحديث دليل على أن من ولي وشيئاً مهما كان قدره عليه أن يسعى لمصلحة من كان له، سواء كان إماماً أو والياً أو قاضياً أو ناظر وقف أو غيرهم . قال الشيخ الزرقاء – رحمه الله – : [3] " المراد بالراعي: كل من ولي أمراً من أمور العامة ، عاماً كان كالسلطان الأعظم، أو خاصاً كمن دونه من العمال، فإن نفاذ تصرف كل منهم على العامة مترتب على وجود المنفعة في ضمنها، لأنه مأمور من قبل الشارع ﷺ أن يحوطهم بنصح، وتوعد على ترك ذلك بأعظم وعيد ، وفي الحديث :(من ولي من أمور هذه الأمة عملاً فلم يحطها بنصح لم يرح رائحة الجنة)[4]

فلا يجوز للحاكم أن ينزع ملكية شخص لمصلحة عامة إلا بتعويض مجزولا يفرض على الرعية شيئاً إلا لمصلحة ظاهرة تعود عليهم ، كما لا يجوز لولي اليتيم ونحوه التصرف في حقوقهم إلا بما يعود نفعه عليهم وهكذا كل من استرعاه الله رعية.

القاعدة الثانية" الجواز الشرعي ينافي الضمان" ٥

الجواز الشرعي: كون الأمر مباحاً ، فعلاً كان أو تركاً ينافي الضمان لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف، بشرط أن لا يكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة، وأن لا يكون فيه إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي ، والجواز الشرعي يأبى وجوده ، فتنافيا [6].

من أمثلة تطبيقات هذه القاعدة:

١. إذا حفر شخص بئراً في ملكه الخاص أو في الطريق العام بإذن ولي الأمر، فتلف بسببها إنسان أو حيوان، فلا ضمان على الحافر، لوجود الجواز الشرعي، إلا كان الأذن مشروطاً بشروط تتضمن سلامة الآخرين ولم يتقيد بها المتصرف وإلا كان ضامناً

---

[1] الجامع لأحكام القرآن للقرطبي [٥/٢٥٥-٢٥٦] .

[2] صحيح البخاري – كتاب الأحكام [رقم ٧١٣٨] وصحيح مسلم [رقم١٨٢٩] وسنن أبي داود [رقم٢٩٢٨] والترمذي [رقم١٧٠٥] .

[3] شرح القواعد ص٣٠٩-٣١٠ .

[4] صحيح البخاري مع فتح الباري ترقيم عبد الباقي ١٣/١٢٦،١٢٧ باب من استرعى رعية فلم ينصح .

[5] قواعد الخادمي مع شرحها ص٣٥ ومجلة الأحكام العدلية[م/٩١] والمدخل الفقهي للزرقاء [ف/٦٤١] .

[6] شرح القواعد للشيخ أحمد الزرقاء ص٤٤٩ .

٢. لو أودع إنسان وديعة عند آخر، وعيّن له مكاناً لحفظ وديعته فحفظها في المكان المعين فضاعت فلا ضمان عليه وكذا لو حفظها في مكان يساوي المكان المعين أو أفضل منه ثم ضاعت، فلا ضمان عليه.

٣. إذا استأجر شخص دابة أو سيارة لحمل شيء معين فحمّلها أو ما يساويه، فتلفت فلا ضمان عليه [١].

٤. لو أخذ الوكيل بالبيع رهناً بثمن ما باعه، فهلك الرهن، لا يضمنه للموكل وسقط الثمن عن المشتري إذا كان مساوياً لقيمة الرهن.

٥. لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل الأجرة، فهلكت في يده لا يضمن العين وسقط الأجر لهلاكها قبل التسليم للمستأجر.

٦. من أنفق على الملتقط بأمر الحاكم ليرجع بما أنفق على صاحبها، ثم طلبها صاحبها فمنعها منه حتى يأخذ منه ما أنفق عليها، فهلكت، لا يضمن ولا يسقط حقه فيما أنفق. لأن كل هذه التصرفات جائزة شرعاً والجواز ينافي الضمان .

وكذا لو كان الأمر المباح شرعاً من التروك لا ضمان على ما يترتب عليه من التلف، كامتناع المضارب عن العمل في رأس المال بعد قبضه.

وقد تقدم أن عدم الضمان مع الجواز الشرعي مقيد بعدم اشتراط السلامة، وأن لا يكون إتلاف مال الغير لمصلحته، وإلا ضمن، كمن يمر في الطريق العام وأثناء مروره تسبب في إتلاف شيء ضمن. لأن جواز المرور مقيد بشرط السلامة . وكذا من يأكل مال غيره اضطراراً ، عليه الضمان لأن هذا الإتلاف كان لمصلحة نفسه .من القوعد المعتبرة عند الفقهاء:أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط.

فالمسعير والوكيل والمودع لديه والمستأجر ونحوهم أمناء لا يضمنون ما تلف عندهم إلا بالتعدي كأن يتصرف فيه ما يخالف حدود المأذون فيه بما يتطلب من مثله.

وقد ذكر الفقهاء عدة مسائل مستثناة من هذه القاعدة ، منها: أن المضطر إلى أكل طعام الغير ، جاز له شرعاً مع الضمان لصاحبه. ومنها ما لو هدم دار جاره وقت الحريق بغير أذن صاحبها لمنع سريان الحريق، فإنه يجوز له ذلك مع ضمان قيمتها معرضة للحريق.

---

[١] انظر لكل هذه الأمثلة المجلة المواد / ٦٠٥، ٧٨٤، ٩٢٤، ٩٢٦، ٩٢٣، ٩٣٣، ٩١٩ ، ١٥٠٠، ٣٣ وشرح القواعد للزرقاء ص٤٤٩ وما بعدها – بتصرف .

الفصل الرابع

مسؤولية المباشر والمتسبب

وبعض قواعد الضمان

يتضمن هذا الفصل على مجموعة من القواعد الأساسية في معالجة القضايا المذكورة في العنوان أعلاه وهي :

١. " يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبرًا "
٢. "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر "
٣. "المباشر ضامن وإن لم يتعمد"
٤. " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد "
٥. "جناية العجماء جبار"
٦. "الخراج بالضمان"
٧. " الغرم بالغنم"
٨. " على اليد ما أخذت حتى تؤديه"

قواعد هذا الفصل تحدد المسؤولية بأنواعها عن الأضرار الواقعة

فالقاعدة الأولى:

" يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن مجبراً "[١]

المراد بالفعل هنا ما صـــدر من فاعل على وجه التعدي على حق من حقوق غيره نفســـاً أو مالاً .

ويُقصد بالآمر هنا: كل من صدر منه أمر لغيره ليفعل شيئاً بدون إلزام ولا إكراه [٢].

ومعنى القاعدة : أن من فعل فعلاً يُنســـب حكمه إليه ما دام عاقلاً مكلفاً ، وإن أمره به غيره ما لم يكن مكرهاً كأن يأمر مكلف مكلفاً بإتلاف مال غيره، فيتلفه، فالضـــمان على الفاعل دون الآمر . وإن لم يكن مكلفاً يُنســب الفعل إليه ويضــمنه في ماله ثم يرجع على الآمر بما ضــمنه [٣] أما إذا كان الفاعل المأمور أُكره بملجئ، فالمسئولية على الآمر دونه.

قال بعض أهل العلم: إن الإكراه ينقسم إلى نوعين :

١. الإكراه المطلق وهو الذي تنعدم معه الإرادة . وهذا لا يترتب على الفاعل معه أية مســـئولية ، لأنه ليس للفاعل معه فرصة اختيار ، كأن يمسك أحد يد شخص فيوقع بها على عقد. فالعقد هنا باطل

---

[١] مجلة الأحكام العدلية [م/٨٩] والمدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقاء [ف/٦٥٦] .

[٢] الوجيز للبرنو ص٣٧٨ .

[٣] شرح القواعد للشيخ الزرقاء ص٤٤٤ .

بطلاناً مطلقاً – أي- لا أثر له لعدم الإرادة فحكم التصرف معه كتصرف الصغير غير المميز والمجنون الجنون المطبق [1] .

٢. الإكراه المعيب للإرادة . وهو الإكراه الذي تكون معه للمكره فرصة اختيار بين إبرام العقد أو التعرض للشيء المكره به. فهنا يختار المكره أهون الشرين بين إبرام العقد أو التعرض للأذى . كأن يقول شخص لآخر :إما أن توقع عقد بيع منزلك أو أرمي بابنك في البئر. فإذا وقع على العقد تفادياً من أذى تلحق بابنه، ثم زال الإكراه، فهو بالخيار بين إبطال العقد أو إمضائه. فالعقد هنا لا يبطل تلقائياً كالذي قبله، بل يكون قابلا للإبطال، لأنه تم بإرادة المتعاقد وإن كانت معيبة [2] .

القاعدة الثانية :"إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"٣

معنى القاعدة: إذا اجتمع المباشر للفعل – أي الفاعل له بالذات – والمتسبب له- أي المفضي الموصل إلى وقوعه – يضاف الحكم إلى المباشر . لأن الفاعل هو العلة المؤثرة ، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة ، لا إلى أسبابها الموصلة [4] قال العلامة نجم الدين الطوفي – رحمه الله-:" أطلق الفقهاء السبب على ما يقابل المباشرة ، فقالوا:إذا اجتمع المتسبب والمباشر ، غلبت المباشرة ووجب الضمان على المباشر وانقطع حكم التسبب . ومن أمثلته : لو ألقى أحد شخصاً من شاهق فتلقاه آخر بسيفه فقطعه ، فالضمان على المتلقي بالسيف ، ولو ألقاه في ماء مغرق فتلقاه حوت فابتلعه ، فالضمان على الملقي لعدم قبول الحوت للضمان، ولولا ذلك لكان الضمان عليه، لأنه المباشر، وكذا لو فتح قفصاً عن طائر بحيث لو ترك طار، فأخذه إنسان من القفص في يده ثم أطلقه كان الضمان على الأخير لأنه المباشر ولو حل وعاء مائع بحيث لو تُرك سال ، وجاء آخر فأراقه فالضمان عليه ، لأنه المباشر وكذا ما أشبه هذه الصور" اهـ[5] ومن أمثلة تطبيقات هذه القاعدة مالو حفر شخص بئراً في الطريق العام فجاء آخر فأسقط فيها حيواناً فتلف ، فالضمان على الأخير لأنه المباشر ، ولكن لو تردى الحيوان بنفسه فتلف كان الضمان على حافر البئر . ومنها مالو دل إنسان سارقاً على مال إنسان فسرقه ، فالضمان على السارق لا الدال على المال.وقد يتحمل المتسبب نوع المسئولية في بعض الأحكام ، كأن يساعدبالتسبب محرم بعمرة أو حج حلالاً على إتلاف صيدفلا يجوز لهذا المحرم أن يأكل منه كما ثبت في الصحيح من حديث أبي قتادة

---

[1] انظر العقد والإرادة المنفردة لأبي ذر الغفاري ص٧٠ .

[2] نفس المنصدر ص٤٩ ، ٥٩،٦٠ .

[3] انظر المنثور في القواعد للزركشي [١٣١/١] والفروق للقرافي [٢٨/٤] والأشباه والنظائر للسيوطي ص٦٢ وقواعد المقري بنقل الندوي ص٣٨٥ والمجلة [م/٩٠] .

[4] شرح القواعد للشيخ الزرقاء ص٤٤٧ .

[5] انظر قواعد الندوي ص٣٨٥ .

– رضـي الله عنه–أنه كان مع بعض أصـحاب النبي ﷺ في طريق مكة حلالاً وهم حرم ، فرأى حمار وحش فاصطاده فأكل معه بعض المحرمين وأبى بعضهم ، فسألوا النبي ﷺ، فقال:"أمنكم أحدأمره أن يحمل عليهاأو أشار إليها؟قالوا :لا قال: فكلوا ما بقي من لحمها"

القاعدة الثالثة :" المباشر ضامن وإن لم يتعمد" ١

المباشــر كما تقدم هو الذي يحصــل منه الفعل دون دخول واســطة مؤثرة بينه وبين الفعل إن كان متعدياً بفعله. ويكفي لكونه متعدياً أن يتصل فعله في غير ملكه بما لا مسوِّغ له فيه. سواء كان نفس الفعل سائغاً كما لو سقط شيء من يد إنسان فأتلف مال غيره ، أو غير سائغ كما لو أراد إتلاف مال معصوم فأصـــاب نظيره فأتلفه، فيضـــمن عندئذ وإن لم يتعمد الإتلاف ، لأن الخطأ يرفع عنه إثم الإتلاف ولا يرفع عنه ضمان المتلف –بعد أن كان متعدياً ، لأن المباشرة علة صالحة وسبب مستقل للإتلاف ، فلا يصح أن يكون عدم التعمد عذراً لإسقاط الضمان [٢] .

من تطبيقات هذه القاعدة: لو زلق إنســان فوقع على مال غيره فأتلفه أو أتلف مال غيره ظناً منه أنه له فإنه يضـمن في الصـورتين[٣] ومنها : ما لو انقلب النائم أو الصـغير ، أو المجنون ولو لا يعقل أصـلاً ، على مال غيره فأتلفه ،فإنه يضـــمن . فكل هذه الأعمال لا توصـــف بالمنع الشـــرعي ، ومع ذلك كان على فاعليها الضـمان [٤] فلو لم يكن المباشـر متعدياً بفعله فلا ضـمان عليه ،كمن يدافع عن نفسـه أو ماله ضـد من اعتدى عليه فأدى ذلك إلى ضــــرر ، ما دام هذا الدفاع بُني على أمر معقول . وكذا لو حفر أحد في ملكه بئراً ، فتلف فيها إنسان أو حيوان قلا ضمان عليه.وهذا تطبيق لقول الفقهاء من أن: عدم التعمد لا يسقط حق المضرور في التعويض

القاعدة الرابعة:" المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد" ٥

المتسبب هو المفضي والموصل إلى ما يؤدي إلى الضرر، وهو لا يصلح بانفراده علة مستقلة للضرر إلا إذا كان متعدياً [٦] لذا لا يضـمن إلا بتعمد السبب الذي أدى إلى الفعل الضـار، لأن الحكم لا يضـاف إلى السـبب الصـالح إلا بالقصـد[٧] ويُقصـد بالتعمد : تعمده لإحداث أثر سـببه ولو لم يقصـد النتيجة التي ترتبت على أثر فعله، كما لو قصد إخافة حيوان ، فأطلق بندقيته فتسبب في ضرر شخص أو إتلاف مال

[١] مجلة الأحكام العدلية [م/٩٢] وشروحات المجلة للمادة .

[٢] شرح القواعد للزرقاء ص ٤٥٣-٤٥٤ .

[٣] انظر المواد [٩١٣،٩١٤،٩٢٦] من المجلة .

[٤] شر القواعد للزرقاء صص٤٥٢ .

[٥] المجلة [م/ ٩٣] .

[٦] انظر المادة [٩٢٤] من المجلة شرح القواعد للزرقاء ص٤٥٥ .

[٧] انظر شرح القواعد للزرقاء ص٤٥٥ وما بعدها.

. فإنه يضـمن بمجرد وجود قصـد إخافة هذا الحيوان ولو لم يكن قاصـداً للضـرر الذي حدث منه. وأما لو أطلق بندقيته لغرض مشـروع آخر ، فند الحيوان وأحدث الضـرر فلا ضـمان عليه ، لأنه لم يكن قاصـداً لإخافة ذلك الحيوان الذي ند [1] ويكفي لكون المتسـبب متعدياً :أن يعمل عملا غير مشـروع، ولم لو لم يقصـد إضـراراً بأحد، فمن دفع السـكين لصـبي فوقعت من يده فجرحته، أو حفر بئراً في غير ملكه، فتلف بها حيوان أو تصرف في ملكه تصرفاً غير معتاد فأدى إلى الإضرار بجاره، ضمن[2] .

القاعدة الخامسة:" جناية العجماء جبار" ٣

القاعدة تدل على أن ما تفعله البهيمة من الأضـرار بالنفس أو المال هدر لا حكم له و لاضـمان فيه إلا إذا كان فعل البهيمة منبعثاً عن فعل فاعل مختار ،كسـائق لها أو قائد أو راكب أو ضـارب أو فاعل لما يثير البهيمة من إخافة أو نخس [4] .

وأصل هذه القاعدة ما رواه أبو هريرة – رضي الله عنه– عن النبي ﷺ :(العجماء جرحها جبار) [5] قال الإمام مالك – رحمه الله– :تفسـير الجبار: أنه لا دية فيه" [6] وقال العلامة ابن دقيق العيد:" الجبار : الهدر وما لا يُضمن، والعجماء : الحيوان البهيم" اهـ[7]

وهذه القاعدة مشـروطة بأن لا يقع الضـرر من الحيوان بإهمال من تجب عليه حراسـته من مالكه أو غيره، وإلا ضمنه ، وهذا ما بينه حديث البراء بن عازب – رضي الله عنه– في قضاء رسول الله ﷺ :" أن على أهل البسـاتين أو المزارع حفظها بالنهار وعلى أهل الماشية ضمان ما أفسدت ماشيتهم بالليل" [8] لأن الغالب في أهل البسـاتين والمزارع العمل فيها نهاراً ، وما دام كذلك عليهم أن يحموا مزارعهم وبسـاتينهم في وقت وجودهم ، أما الليل فوقت نوم وغفلة ، فعلى أهل الماشية منعها بحفظها من الإضرار بالآخرين . قال ابن دقيق العيد – رحمه الله – في شـرحه لهذا الحديث–:" فيمكن أن يُقال : إن جنايتها هدر إذا لم يكن

---

[1] المادة [٩٢٣] من المجلة .

[2] انظر شرح القواعد للزرقاء ص٤٥٦.

[3] المجلة [م/ ٩٤] ومجامع الحقائق للخادمي ص٣٢٨ والمدخل الفقهي العام للزرقاء [ف/ ٦٦٠] وقواعد الندوي ص٤٠٥ وقواعد إعلام الموقعين لجمعة الجزائري ص٤٦٠ .

[4] انظر شرح القواعد للشيخ أحمد الزرقاء ص٤٥٧.

[5] أخرجه البخاري في صـحيحه – كتاب الديات –[رقم٦٩١٣] ومسـلم في الحدود – باب جرح العجماء جبار –[رقم ١٧١٠] وأبو داود في الخراج والإمارة – باب العجماء والمعدن والبئر جبار [رقم ٣٠٨٥] والنسـائي في الزكاة – باب المعدن– [رقم٢٤٩٤–٢٤٩٧] والترمذي في الأحكام – باب ما جاء في العجماء جرحها جبار [رقم١٣٧٧] وابن ماجه في الديات [رقم٢٦٧٣] ورواه الإمام مالك في الموطأ والإمام أحمد في المسند .

[6] انظر أوجز المسالك شرح موطأ مالك ط بيروت الثالثة ٠ دار الفكر [١٠٣/١٣] .

[7] إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام [١٨٩/٢–١٩٠] .

[8] انظر تخريج الحديث في كتاب – الإحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد [١٨٩/٢–١٩٠].

ثمت تقصـــير من المالك ، أو ممن تحت يده ، وننزل الحديث على ذلك" [1] وقال الإمام الشـــافعي – رحمه الله– فبيان وجه الجمع بين حديث البراء المذكور وحديث أبي هريرة :

(العجماء جرحها جبار):" وفي هذا دليل على أنه إذا كان على أهل العجماء حفظها ، ضـــمنوا ما أصابت ، فإذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئاً مما أصابت . فيضمن أهل الماشية السائمة بالليل ما أصــابت من الزرع ولا يضــمنونه بالنهار. ويضــمن القائد والراكب والســائق لأن عليهم حفظها في تلك الحالة ولا يضمنونه لو انفلتت"اهـ[2]

والذي يظهر لي – والله أعلم– أن قضـــــاء النبي ﷺ على ما في حديث البراء انبنى على عرف ذلكم الزمان : بأن أهل الماشــية يحفظون مواشــيهم بالليل وأهل الزرع يحرســون زرعهم بالنهار . ويفهم من هذا أن على أهل الماشية حفظها في الأوقات التي يقضي العرف بحفظها فيها ليلاً كانت أو نهاراً وأن قصّروا ضـمنوا وهذا ما يدل عليه كلام الإمام الشـافعي السـابق. وفق قاعدة " لا ينكر تغير الفتوى بتغير الزمان أو المكان أو الأحوال " .

القاعدة السادسة: " الخراج بالضمان" ٣

هذه القاعدة نص حديث نبوي [4] ومعنى القاعدة: ما لو اشــترى شــخص شــيئاً واســتفاد منه ، ثم ظهر فيه عيب قديم لم يكن يعلم به وقت الشــــراء ، فأراد أن يرد المبيع لأجل العيب ، ليس من حق البائع أن يطالبه مقابل ما استفاد منه قبل رد المبيع. لأن هذا المبيع في تلك الفترة كان تحت ضـمان المشـتري بحيث لو تلف كان من ضـمانه ، لذا اسـتحق الإعفاء من مطالبة ما اسـتفاد من المبيع في مقابل تلك المسـئولية . قال الزركشي : " ما خرج من الشيئ من عين و منفعة و غلة فهي للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك . فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له ، ليكون من الغنم في مقابلة الغرم" اهـــ [5] وجاء شرح القواعد للزرقاء: " خراج الشــيء ما حصــل منه ، والذي يكون منه بمقابلة الضــمان ما كان منفصــلاً غير

---

[1] نفس المرجع .

[2] انظر كتاب " اختلاف الحديث" الجزء الثاني من كتاب "الأم" ط بيروت الأولى دار المعرفة ١٩٦١م ص٥٦٦-٥٦٧.

[3] المنثور في القواعد للزركشي [١١٩/٢] والأشباه والنظائر للسيوطي ص١٣٥ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٥١ والمجلة [م/ ٨٥] والمدخل الفقهي العام للزرقاء [ف/ ٦٤٩] وقواعد الندوي ص ٤٠٦ .

[4] أخرج الحديث أبو داود من حديث عائشة – رضي الله عنها – [رقم٣٥٠٨و٣٥١٠] وقال هذا الإسناد ليس بذاك،و الترمذي [رقم١٢٨٦] والنسائي [رقم٤٥٠٢] و ابن ماجه في التجارات – باب الخراج بالضمان– [رقم٢٢٤٢] والإمام أحمد في المسند [٤٩/٦، ١٦١، ٢٠٨ ،٢٣٧]وضعفه ابن القيم في إعلام الموقعين [٣١٦/٢] وسكت عنه في تهذيب السنن [١٥٨/٥] وصحح الحديث جمع من أهل العلم كابن حبان[١١٠/٥] والحاكم[١٥/٢] ووافقه الذهبي والترمذي وابن القطان فيما نقل عنهم الحافظ في التلخيص وقال الخطابي : في معالم الســـنن مع مختصــــر أبي داود بتحقيق محمد حامد الفقي [١٦٠/٥] والحديث في نفسه ليس بالقوي إلا أن أكثر الفقهاء استعملوه في البيوع ، والأحوط أن يتوقف عنه فيما سواه .

[5] المنثور في القواعد [١١٩/٢] .

متولد ، كالكسب والأجرة والهبة والصدقة ، فإنه يطيب لمن كان عليه الضمان، فلو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب ، وكان قد استعمله مدة لا يلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد كان يتلف من ماله" [١]

فخيار العيب هو : أن يكون لأحد طرفي العقد – في العقود التي تحتمل الفسخ – الحق في فسخ العقد إذا وجد في المعقود عليه عيباً لم يكن يعلم به وقت العقد أو وقت القبض.وهذا الحق يثبت دون حاجة إلى اتفاق بين طرفي العقد، لأنه حق مصدره الشرع وليس الاتفاق . فالعقود من حيث قبول الفسخ وعدمه تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ. العقود اللازمة بالتزام أطرافها : كالبيع والإجارة والصلح على عين محددة وتقسيم القيميات . وهي قابلة للفسخ بمقضياته.

ب. العقود اللازمة بطبيعتها، ولا تقبل الفسخ . كالهبة والصدقة.

ج. العقود غير اللازمة: وهي التي يمكن لكل من طرفي العقد الرجوع عنه دون حاجة إلى خيار العيب، كالوكالة والمضاربة ما لم يبدأ فيها.

أما شروط ثبوت الفسخ العقد بالعيب فنوجزها في الآتي:

١. " أن يكون مؤثراً في قيمة المعقود عليه" أي ينقص قيمته بما لا يتسامح مثله عادة.

٢. " أن يكون مجهولاً لدى المشتري عند تسلمه" أما إذا كان عالماً به ثم استلمه فلا حق له في الخيار.

٣. " أن لايكون البائع قد اشترط البرآة منه " واختلف العلماء في حكم اشتراط البرآة من العيوب في المبيع قال بعضهم لا ينفعه هذا الشرط مطلقاً سواء علم البائع بعيب في المبيع أو لم يعلم [٢]. وقال آخرون : إن جهل العيب واشترط البرآة جاز ، وسقط به الخيار ، وبذلك قال مالك – رحمه الله- لما رواه مالك وغيره من حديث ابن عمر –رضي الله عنهما- :أنه باع غلاماً له بثمان مائة درهم على البرآة ، فوجد المشتري به داء فخاصمه إلى عثمان قائلاً باعني الغلام وبه داء ولم يبينه لي. فقال ابن عمر : بعته بالبرآة ، فقال عثمان لابن عمر: احلف له أنك بعته وما به داء تعلمه. فأبى ابن عمر، فرد عثمان البيع [٣].

[١] شرح القواعد للزرقاء ص٤٢٩ .

[٢] شرح مختصر الخرقي للزركشي [٥/٥٩٨] .

[٣] موطأ مالك ؟ وانظر الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر ص ٣٤٨ .

ما يترتب على فســـخ العقد بالعيب : " يترتب على فســـخ العقد للعيب رد محله إلى صـــاحبه واسترداد ما دفع"–أي بأن يرد المشتري المبيع للبائع ويرد البائع الثمن للمشتري مع مراعاة ماتقدم في قصة ابن عمر –رضـــي الله عنهما وما ذكرته أم المؤمنين عائشـــة – رضـــي الله عنها– :{ أن رجلاً ابتاع غلاماً ،فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي – ﷺ – ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل غلامي أي تصرف فيه واستفاد منه– فقال الرسول– ﷺ – (الخراج بالضمان)[١] – أي ما استفاد منه في مقابل ما كان سيضمنه إذا تلف عنده .

القاعدة السابعة:" الغرم بالغنم" ٢

هذه القاعدة تفيد عكس ما أفادته القاعدة السابقة :" الخراج بالضمان" حيث أن منطوقها يفيد : أن فائدة المبيع المردود بخيار العيب تكون للمشتري الذي كان عليه الغرم إذا تلف عنده . ومفهوم القاعدة: أن التكاليف والغرم على من يستفيد من الشيء أي أن الغرم وهو الخسارة وتحمل التكاليف في مقابل الغنم وهو الفائدة والكسب[٣].

ومن تطبيقات هذه القاعدة: أن نفقة العارية على المســـتعير، لأن منفعته له. والملك المشـــترك متى احتاج إلى التعمير والترميم، يعمره أصحابه بالاشتراك على مقدار حصصهم لأن منفعة كل منهم على قدر حصته [٤].

القاعدة الثامنة : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه"٥

نص هذه القاعدة حديث نبوي شـــريف [٦] ومعنى القاعدة : أن من أخذ شـــيئاً بغير حق أو أخذه بوجه مشروع ثم احتفظ به بغير حق ، كان ضامناً له ، ولا تبرأ ذمته إلا برده .

---

[١] تقدم تخريجه .

[٢] المجلة :[م/٨٧] وجامع الحقائق للخادمي ص٣٢٦ والمدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقاء [ف/٦٥٠] والوجيز للبرنو ص٣٦٥ وقواعد الندوي ص٤١١ وقواعد إعلام الموقعين ٤٥٨ .

[٣] انظر المدخل الفقهي للزرقاء [١٠٣٥/٢] وحجة الله البالغة لشاه ولي الله الدهلوي [١٦٩/٢] وشرح القواعد للزرقاء ص٤٣٧ وقواعد إعلام الموقعين ص٤٥٨ .

[٤] انظر شرح المجلة للأتاسي [٢٤٦/١] ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر [٧٩/١] وقواعد الندوي ص٤١٢ .

[٥] الدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى بن أحمد الزرقاء[ف/٦٥٥] والقاعدة السادسة عشر من القواعد التي ألحقها الدكتور الزرقاء بقواعد المجلة – انظر ص٤٨٤ من شرح القواعد للشيخ أحمد الزرقاء والوجيز للبرنو ص٤٧٢.

[٦] أخرج الحديث الإمام أبوداود في سننه – كتاب البيوع– باب تضمين العارية [رقم ٣٥٦١] وابن ماجه في كتاب الصدقات من سننه [رقم ١٤٠٠] .

ويدخل في تطبيقات هذه القاعدة كل مال أُخذ بغير حق كالسرقة والغصب والنهب والاختلاس وخيانة الأمانة....إلخ كما يخل فيها جحود العارية ، والامتناع عن رد الدين وما شابههما، وأغلب مسائل الضمان يصلح أمثلة لتطبيق هذه القاعدة [1].

وهذه القاعدة لها صلة واضحة بقاعدة:" يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الآمر ما لم يكن المأمور مجبراً" المتقدم ذكرها.ومعنى القاعدة: أنه إذا أمر أحد شخصاً أن يتصرف في ملك الغير، كأن يأمره بإتلاف ماله، وكان هذا المأمور عاقلاً بالغاً غير مكره، وقام بما أمره به من الإتلاف، كان ضامناً دون الآمر. وقوله :" باطل" أي لا أثر له . لأن الفاعل هو المؤثر الحقيقي والآمر سبب ، والأصل إضافة الفعل إلى علله المؤثرة لا إلى أسبابه المفضية [2] .

من تطبيقات هذه القاعدة: ما لو أودع إنسان مالاً لدى آخر وقال له: إن مت ادفعه لفلان ، ابن له وله ورثة آخرون- فدفعه للمذكور دون بقية الورثة كان ضامناً لنصيب الآخرين [3] ولعل هذا مقيد بعلم المودع لديه بأن هذا المال من محض مال من أو دعه ، أما إن أعلمه بأنه وديعة عنده أو كان ثمناً لبيع أو نحو ذلك فلا ضمان عليه . وقد تقدمت الأمثلة في القاعدة [الثالثة عشر] .

---

[1] انظر شرح قانون المعاملات المدنية السوداني [٢/١٨-١٩] للقاضي محمد صالح على .

[2]

[3] شرح القواعد للزرقاء ص٤٥٩ .

الفصل الخامس

في أحكام التصرف في حق الغير

من قواعد هذا الفصل:

١. " لا يجوز لأحد أن يتصرف في حق الغير إلا بإذنه"
٢. " لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي"
٣. " ليس لعرق ظالم حق"
٤. " لا يتم التبرع إلا بالقبض"

قواعد هذا الفصل ترمي إلى حماية الحقوق الخاصة ومنع التغول عليها وما يترتب على تصرف الفضولي

القاعدة الأولى: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في حق الغير بلا إذنه" [١]
أو " لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذن أو إباحة من الشرع" [٢]

معنى القاعدة:

أن التصرف في ملك الغير بلا إذن مسبق أو إذن لاحق ، لا يجوز ولا يصح وقد يوجب الضمان على المتصرف .

والتصرف نوعان: فعلي ، وقولي. فالتصرف الفعلي إن ترتب عليه أثر في العين كحفر بئر في ملك الغير بلا إذن ، عليه ضمان النقص، ما لم يرض به صاحب الحق بعد علمه، فإن تردى فيها حيوان قبل رضى صاحب الملك كان الضمان على الحافر ، وإن تردى بعد رضى صاحب الحق ، كان الضمان على صاحب الحق . لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق [٣] أما التصرف الذي أدى إلى التلف ، كهدم جدار أو أكل طعام ، فمضمون أبداً، سواء أجاز المالك أو لا ، لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف[٤] . أما التصرف

---

[١] انظر المجلة [م/ ٩٦] والمدخل الفقهي العام [١٠٣٢/٢] وقواعد الندوي ص١٥٨ والنظرية العامة للموجبات والعقود – صبحي محمد [٥٦/١-٥٧] .

[٢] المدخل العام للزرقاء [١٠٣٢/٢] .

[٣] انظر مجلة الأحكام العدلية :[م/ ١٤٥٣] والمدخل الفقهي للدكتور الزرقاء[ف/٢٨٣] وقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤المادة[٣/٨٨]والمادة[٤٢١] .

[٤] شرح القواعد للزرقاء ص٤٦٢ .

القولي في حالة عدم تلف المتصرف فيه ، فحكمه حكم عقود الفضولي ، فإن أجازه صاحب الحق جاز إلا بطل .

والفضولي هو : من يتصرف تصرفاً ليست له ولاية عليه كتزويج موليته وطلاق زوجته وعتق عبده وهبته وبيع ملكه وإجارة داره ، وغير ذلك من العقود وسائر التصرفات التي يتصرف فيها الشخص في شيء من غير ولاية أو وكالة ، فيعتبر فضولياً في تصرفه[1]. واختلف العلماء في حكم تصرف الفضولي ، فعند الأحناف والمالكية يتوقف على الإجازة ، وظاهر قول الإمام الشافعي البطلان مطلقاً أو في عقود النكاح والبيع والإجارة ، أما سائر التصرفات فكقول الأحناف والمالكية في سائر التصرفات [2] .

وظاهر مذهب الإمام أحمد التفصيل : وهو أن المتصرف ،إذا كان معذوراً لعدم تمكنه من الاستئذان ، وكان به حاجة إلى التصرف – كخوفه من فوات مصلحة عظيمة أو حصول ضرر له أو لصاحب الحق إن لم يتصرف– وقف العقد على الإجازة بلا نزاع عنده، وإن أمكنه الاستئذان ، أو لم تكن به حاجة إلى التصرف ففيه النزاع ، ورجح ابن القيم صحة توقف تصرف الفضولي على الإجازة مطلقاً كقول الأحناف والمالكية[3] إذا آلت ملكية المبيع الذي باعه الفضولي بعد البيع بميراث أوهبة ونحوها ينقلب البيع صحيحاً في حق المشتري على ظاهر قول الإمام أحمد.

وجواز تصرف الفضولي إذا أمضاه صاحب الحق مبني على قاعدة" الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"

تنبيه: من القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة : أن من أدى عن غيره واجباً بغير إذنه كان متبرعاً [4] أو "كل من أدى حقاً عن الغير بلا إذن أو ولاية فهو متبرع ما لم يكن مضطراً" [5] من مسائل هذه القاعدة أن من سدد ديناً عن أحد بلا إذنه ،أو أنفق على أحد ، أو على عياله، أو الرهن ، أو قام بحفظ مال غيره المعرض للتلف إذا لم يقم بحفظه . لا يحق له الرجوع عليهم في مقابل عمله هذا إلا إذاتصرف بإذن الحاكم

---

[1] " الملكية ونظرية العقد " للشيخ محمد أبي زهرة ص٣٥٥.

[2] انظر إعلام الموقعين لابن القيم [٢/ ١٥-١٦].

[3] انظر "إعلام الموقعين" [١٥/٢-١٦] وانظر القواعد المستخرجة من إعلام الموقعين [ق/٩٠] ص٥٧٤-٥٧٥.

[4] الزركشي :" المنثور في القواعد" [١٥٧/١] والفوائد البهية لمحمود حمزة ص٣٤ والمدخل الفقهي للدكتور مصطفى الزرقاء [ف/٧١٠] .

[5] قواعد الحمزاوي ص٣٥٦ بنقل الدكتور مصطفى الزرقاء / انظر ص٤٨٥ شرح القواعد للشيخ أحمد الزرقاء وخالف هذه القاعدة شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم –رحمهما الله– حيث قالا: من أدى عن غيره واجباً فإنه يرجع ببدله– مطلقاً إلا إذا إذا أرد التبرع– انظر " مجموع الفتاوى " لشيخ الإسلام [٥٦٠/٢٠-٥٦١ و٣٤٨/٢٨-٣٥٥] وإعلام الموقعين لابن القيم [٤٥١-٤٥٢ و٤٧٩] وقواعد السعدي ص٧٧ وقواعد الندوي ص[٤١٥-٤١٧] والقواعد المستخرجة من إعلام الموقعين لجمعة الجزائري ص٥٨٠ .

فله الرجوع على صاحب الحق بما بذل – لأن الإنفاق بأمر القاضي كالإنفاق بأمر المالك [1] – ، إلا أنه يجوز للمودع لديه في الحالات الضرورية أو المستعجلة أن ينفق على الوديعة بالقدر المتعارف ويرجع بما أنفقه من ماله على المودع وكذا ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته ، وقام الكفيل بأدائها.و ليس للكفيل أن يرجع بما عجل أداءه من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل"

القاعدة الثانية :"لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي" [2]

أدلة هذه القاعدة في الكتاب والسنة كثيرة ، كقوله تعالى : ﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾[3] وكقوله ﷺ :(من أخذ شبراً من الأرض ظلماً ، فإنه يُطوّقه يوم القيامة من سبع أرضين) [4]

ومعنى القاعدة : لا يحل لأحد ولو كان والداً أو ولداً أو أحد الزوجين أو الحاكم أو غيرهم أخذ مال أحد إلا بوجه شرعي. حتى ولو كان السبب في ظاهره شرعياً ولم يكن في حقيقته كذلك. كالصلح عن دعوى كاذبة على بدل ، فإذا حكم له بذلك وفق الظاهر ، فإنه لا يحل لصاحبه ، كما ثبت في الصحيح عن النبي ﷺ أنه قال:(إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إليّ ، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ،فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه ، فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها) [5]

والسبب الشرعي الذي يؤخذ به مال الغير نوعان: قوي وضعيف .

فالقوي مالا يحتاج في تجويز الأخذ إلى قضاء القاضي ، وهو الكثير الغالب في الحقوق ، كالقرض وثمن المبيعات وبدل المغصوب ، وبدل الإجارة إذا صار ديناً في الذمة أو اشترط تعجيله ، والمال المكفول به والمال الموروث ونفقة الزوجة والأولاد والأبوين وأمثال ذلك كله يجوز أخذه من غير حاجة إلى قضاء القاضي وإن لم يرض من عليه، ما لم- يترتب عليه مفسدة أعظم- أما السبب الضعيف فلا يجوز معه الأخذ إلا بقضاء القاضي ، أو رضا من عليه. كاسترداد الهبة من الموهوب له وكنفقة غير الزوجة والأولاد والأبوين من الأقربين وكالأخذ بالشفعة[6] .

---

[1] قواعد الحمزاوي ص٢٨٢ والقواعد الملحة للدكتور الزرقاء – شرح القواعد لولدهص٤٨٢ .

[2] المجلة [م/٩٧] والخراج لأبي يوسف القاضي بنقل الزرقاء – المدخل الفقهي [ف/٥٦٠] وانظر شرح القواعد ص٤٨٥ ، وقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م المادة [١/٥١٧] والمادة [٤/٥٦٠].

[3] سورة البقرة الآية [١٨٨].

[4] متفق عليه، أخرجه البخاري [رقم ٣١٩٨] واللفظ له ومسلم برقم[١٦١٠].

[5] متفق عليه.

[6] انظر شرح القواعد للزرقاء ص٤٦٥-٤٦٦.

القاعدة الثالثة : "ليس لعرق ظالم حق" [1]

أصل هذه القاعدة نص حديث نبوي شريف. أخرجه البخاري في صحيحه تعليقاً في الحرث – باب من أحيا أرضاً مواتاً – ويروى عن عمرو بن عوف عن النبي ﷺ : (وليس لعرق ظالم فيه حق). وقال الحافظ: ولحديث عمرو بن عوف شاهد قوي أخرجه أبو داود من حديث سعيد بن زيد ، وله من طريق ابن إسحاق عن يحي بن عروة عن أبيه مثله مرسلاً ، وزاد ، وقال عروة: فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث :أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ ، غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر، فقضى النبي ﷺ لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، وفي الباب عن عائشة أخرجه أبو داود الطيالسي ، وعن سمرة عند أبي داود والبيهقي ، وعن عبادة وعبد الله بن عمرو عند الطبراني ، وعن أبي أُسيد عند يحي بن آدم في "كتاب الخراج" وفي أسانيدها مقال ولكن تقوي بعضها ببعض [2] .

وفي رواية الأكثرين بالتنوين عرقٍ ، و ظالمٍ ، نعت له وهو راجع إلى صاحب العرق – أي ليس لعرق ذي ظلم –، ويروى بالإضافة ، ويكون الظالم صاحب العرق، فيكون المراد بالعرق الأرض ، وبالأول جزم مالك والشافعي والأزهري وابن فارس وغيرهم وبالغ الخطابي : فغلّط رواية الإضافة " [3] وقال ابن الأثير في النهاية:إن الرواية بالتنوين. وقال الخطابي – في كتابه أغلاط الرواة –: الصحيح الرواية بالتنوين وقد غلط من روى بالإضافة. كما نقل عنه الحافظ. وقال ابن منظور في لسان العرب: العرق الظالم هو:أن يجيء الرجل إلى الأرض أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرساً غصباً أو يزرع أو يحدث فيها شيئاً ليستوجب به الأرض " [4]

ومعنى الحديث – في الجزء المتعلق بالقاعدة – : "العرق" واحد عروق الشجر ، والمراد الشجرة نفسها، وهو على حذف المضاف – أي لذي عرق ظالم– فجعل العرق نفسه ظالماً والمراد صاحبه. وهذه القاعدة أساس في أن العدوان لا يكسب صاحبه حقاً ، فمن غصب أرضاً فزرع فيها أو غرس أو بنى لا يستحق تملكها أو إبقاء ما أحدث فيها إلى مدة ليستفيد ولو بالقيمة ، بل يؤمر بإزالة ما فعل وتعويض صاحب الأرض النقص، كما تقدم في حديث عمرو بن عوف. ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات [5] قال الإمام ابن عبد البر المالكي: " لو زرع الغاصب الأرض كان لربها قلع زرعها إن كان في أوان الزراعة

---

[1] القواعد الملحقة للزرقاء في آخر كتاب شرح القواعد ص٤٨٥ وانظر "كتاب الأموال " لأبي عبيد القاسم بن السلام ص٢٨٦ والمدخل للزرقاء [ف/٧٠٢].

[2] فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر [٥/٢٣–٢٤] بتحقيق محب الدين الخطيب.

[3] انظر فتح الباري [٥/٢٤].

[4] انظر تعليق أحمد محمد شاكر على الحديث في كتاب" الخراج" ليحي بن آدم القرشي ص٨٤ وانظر قواعد الندوي ص٢٧٩ .

[5] انظر شرح القواعد للزرقاء ص٤٨٦ .

، وإن فات وقت الانتفاع بالأرض للزراعة ، كان لربها كراء مثلها لا غير ، ويعاقب الغاصب ، قال ابن عبد الحكم:وقيل: إن له قلع الزرع في كلتا الحالتين ، وقال: والأول أحب إلينا...إلخ"[1] وقال صاحب مختصر الفقه:إذا غصب أرضاً فغرسها أو بنى فيها ، لزمه القلع وإزالة البناء وضمان النقص والتسوية إن طالبه المالك بذلك ، وإن تراضيا على القيمة جاز[2] .

القاعدة الرابعة : " لا يتم التبرع إلا بالقبض" ٣

أصل هذه القاعدة : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة)[4]- أي لا تملك إلا بالقبض- وما جاء عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه- أن قال لابنته عائشة أم المؤمنين — رضي الله عنها- :"كنت نحلتك عشرين وسقاً من مالي بالعالية ، وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه ، وإنما هو مال الورثة " [5] وروي ما يدل على وجوب القبض في التبرع لتمامه عن عمر ومعاذ بم جبل وابن عباس — رضي الله عنهم — [6]

معنى القاعدة: "التبرع" هو تمليك للشيء في الحال بلا مقابل."تمليك للشيء "
احترازاً من تمليك المنفعة دون العين .كالإجارة " في الحال " احترازاً للوصية ، لأنها لا تملك إلا بعد موت الموصي، " بلا مقابل" احترازاً من عقود المعاوضات ، كالبيع .والتبرع يشمل الهبة والصدقة والهدية . ولا فرق في اشتراط القبض لتمام التبرع بين ما كان تبرعاً ابتداء وانتهاء كالهدية والصدقة [7] والهبة بلا شرط عوض، وبين ما كان تبرعاً ابتداء معاوضة انتهاء كالهبة بشرط العوض، والقرض، والرهن ، فإن القبض شرط في تمام جميعها [8] .

---

[1] الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبد البر ص٤٣٢ .

[2] مختصر الفقه الإسلامي لمحمد بن إبراهيم التويجري ص٧٤٤ ط الرابعة – بيت الأفكار الدولية .

[3] قواعد الخادمي بشرح أغاجي ص٢٨ والمجلة [م/٥٧] والوجيز للبرنو ص٣٧٦ وقواعد الندوي ص١٨٠ .

[4] ذكره الزيلعي في نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية [١٢١/١] وقال: غريب ٠ وأخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه من قول إبراهيم النخعي .

[5] أخرجه الإمام مالك في الموطأ في القضاء [ص٣٤٣-٣٤٤] ط: دار الآفاق الجديدة .

[6] انظر شرح القواعد للزرقاء ص٢٩٩.

[7] الفرق بين الهبة وبين الصدقة والهدية: أن الهبة لا تجوز في الشيوع وإن قبلت القسمة، أما الهدية والصدقة فتجوز في الشيوع، على خلاف مذهب مالك – رحمه الله- فتجوز عندهم هبة المشاع. انظر شرح القواعد للزرقاء ص ٢٩٩ ٠والكافي لابن عبد البر [ص٥٢٩].

[8] نفس المرجع .

وعلة اشـــتراط القبض في التبرع : أنه لو تم عقد التبرع قبل القبض ، لكان من حق المتبرع عليه مطالبة التسـليم ، فيصـير كعقد الضـمان ، وفي هذا تغيير للمشـروع [1] وفيه إعطاء مهلة للمتبرع إن أراد الرجوع عن تبرعه مادام لم يخرجه من يده . وما تقدم من وجوب القبض لصحة التبرع هو قول الجمهور ، وذهب مالك وأصـــحابه وأحمد في رواية :أن الهبة تجب بالإيجاب والقبول ، والقبض فيها شـــرط تمام لا شـــرط وجوب، وعليها تجوز الطالبة بالهبة إذا امتنع الواهب عن تنفيذها ويُقضى عليه بها ما كان حياً صحيحاً ، فإن مرض – مرض الموت– لم يجز له من ذلك إلا ما يحمله ثلثه، إن أنفذها له في مرضـــه ، وإن مات الواهب في الصحة قبل قبض الموهوب بطلت الهبة، إلا إذا قال: أنفذوا له ما وهبته ، فتكون في حكم الوصية، [2] وعن عبد الرحمن بن القاسم تلميذ مالك وشيخ المذهب في عهده بمصر: أن الهبة في مرض الموت وصية مطلقاً ، قُبضت أو لم تقبض [3]

---

[1] نفس المرجع وانظر الوجيز للبرنو ص٣٣٧ .

[2] انظر الكافي لابن عبد البر المالكي [ص٥٢٨-٥٢٩] والقوانين الفقهية لابن جزي المالكي [ص٣٩٩] والإفصاح لابن هبيرة الحنبلي [٥٦/٢] .

[3] انظر الكافي لابن عبد البر ص٥٢٩ وهذا ما أخذ به قانون المعاملات المدنية السوداني في مادته[٢٣٦]:" تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية " .

الخاتمة

تتضمن نتائج البحوث والمقترحات وهي تتلخص في الآتي:

١) القاعدة في كل فن وعلم عرّفت " بأنها قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها ، دون النظر إلى شواذ المسائل المستثناة من بعض هذه القواعد.

٢) أما القاعدة الفقهية فيمكن تعريفها:-

" بأنها أصل كلي يجمع أحكاما تشريعية عامة من أبواب مختلفة في المسائل التي تدخل تحت موضوعه"

٣) كل من القاعدة الفقهية والضابط الفقهي يجمع تحته فروعا فقهية عملية غير أن القاعدة الفقهية تتضمن فروعا كثيرة من أبواب شتى نحو" الأمور بقاصدها" أما فروع الضابط الفقهي فتكون من باب واحد ، نحو" كل إهاب دبغ فقد طهر" فعليه تعتبر القاعدة أوسع وأشمل من الضابط

٤) كل من القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية تخدم الفروع الفقهية العملية، غير أن لكل منهما موضوعها الخاص. فالقاعدة الفقهية كلية جزئياتها بعض مسائل الفقه ، وموضوعها دائما فعل الكلف، أما القاعدة الأصولية فهي آلة الاستنباط للأحكام الفقهية العملية من الأدلة التفصيلية وموضوعها دائما الدليل والحكم ، وهي وسط بين الأدلة والأحكام.

٥) النظرية الفقهية هي: أركان وشروط وأحكام تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية. كالنظرية العامة للإثبات. أو هي : الأسس والدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف منها نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي ويحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام .

٦) الأشباه والنظائر والفروق الفقهية. عند النظر بين أمرين بينهما اشتراك وتشابه، يقال: إنهما من الأشباه والنظائر. أما الفروق فتكون عند النظر إلى أمرين بينهما تشابه في الظاهر وعند التدقيق يظهر ما بينهما من الفرق الذي يمنع قياس أحدهما بالآخر.

٧) قد ظهرت القواعد الفقهية منذ ظهور الإسلام، حيث عدت كثير من آيات القرآن الكريم بمثابة قواعد فقهية ، كقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾ وكذلك أقوال الرسول الكريم ﷺ كقوله : (إنما الأعمال بالنيات) وكثير من أقوال الصحابة والتابعين وأئمة الفتوى من السلف الصالح اعتبرت بمثابة القواعد الفقهية ، ولكن هذه القواعد نمت وتوسعت مع مرور الأزمان حتى وصلت إلى هذه القمة السامقة .

٨) لم يدون السلف الأول هذه القواعد في مصنفات معينة بل كانت تنقل شفاهة في غالب الأمر وبعضها كانت متناثرة في بطون مصنفات العلوم الشرعية كالتفسير وشروح الحديث وكتب أصول الفقه وكتب الفروع الفقهية وغيرها .

٩) كانت بداية التدوين المستقل لقواعد الفقه مع مطلع القرن الرابع الهجري.

١٠) القواعد الفقهية في بداية تدوينها كانت تأصيلا للفروع الفقهية المذهبية، ولاسيما كتابات فقهاء المذهب الحنفي، حيث أنهم استنبطوا قواعدهم الفقهية من الفروع الفقهية التي كتبها سلفهم الأول.

١١) تنوعت أسماء المؤلفات في هذا الفن وفق منظور المؤلفين فيه، حيث كتب بعضهم تحت عنوان " الأشباه ونظائر" الفروق " القواعد الفقهية " الكليات الفقهية".........الخ .

١٢) أول من كتب القواعد الفقهية تحت مسمى " الأشباه والنظائر" ابن الوكيل الشافعي ، ثم تتابعت المؤلفات بهذا الاسم ، وفي تقديري أن أفضل كتاب في قواعد الفقه بهذا الاسم من حيث الشمول والترتيب وسهولة العبارات ما كتبه الإمام جلال الدين السيوطي- رحمه الله- .

١٣) يعتبر كتاب "الفروق " الإمام القرافي أفضل ما كتب في الفروق الفقهية ، فقد استوعب ما كتبه السابقون له في هذا الفن ، وكان عمدة لمن أتى بعده .

١٤) القواعد الفقهية التي تصدّرت مجلة الأحكام العدلية على قلتها – وهي لم تتجاوز الـ ٩٩ قاعدة في العاملات غير أنها كانت من أنفع القواعد وأوسعها، ومما زادها أهمية ارتباطها بتطبيقات وأمثلة عملية من خلال مواد المجلة .

١٥) للقواعد الفقهية الأثر البالغ في جمع شتات المسائل الفقهية وتيسير دراستها.

١٦) دراسة هذه القواعد تعين الباحثين وطلبة العلم والقضاة والمفتين على فهم الأحكام الشرعية وتصونهم من التناقض والاختلاف.

١٧) الدراسة المجردة للقواعد الفقهية دون التركيز على تطبيقاتها العملية قليلة الجدوى، فعليه أرى أن أفضل طريقة لدراسة هذه القواعد أن تكون من خلال كتب العلماء الذين اهتموا ببيان قواعد الأحكام من خلال دراستهم للفروع الفقهية، ككتابي التمهيد والاستذكار للعلامة ابن عبد البر وكتاب المدونة الكبرى والمجموع شرح المهذب للإمام النووي والمغني لابن قدامة وغيرها.

١٨) القواعد الفقهية لا تعتبر أدلة على الأحكام الشرعية إلا إذا كانت نصوصا من الكتاب والسنة أو القواعد الأساسية المأخوذة مباشرة من هذه النصوص كالقواعد الكبرى المتفق عليها.

١٩) القواعد الفقهية الأساسية كثيرا ما تكون محل اتفاق بين الفقهاء غير أنهم يختلفون في كيفية تطبيقاتها وتخريج الفروع عليها.

٢٠) في حالات الخلاف بين أهل العلم ينبغي مراعاة هذا الخلاف والأخذ بالأحوط والاســتبراء في الدين وجلب المصالح ودرء المفاسد ورفع الحرج.

التوصيات

١) لأهمية القواعد الفقهية في فهم الأحكام الشرعية من القرآن والسنة أوصي طلبة العلم الشرعي دراسة هذه المادة والتعمُّق في معرفتها كما اقترح أن تكون مادة أساسية في كليات الشريعة والدراسات الإسلامية.

٢) اقترح على أهل الشأن من الباحثين وأساتذة الشريعة دراسة قواعد مجلة الأحكام العدية مع تأصيلها وتجريدها من التعصب المذهبي لتكون مشروعا لأصول قانون المعاملات المدنية للبلاد الإسلامية.

وَآخِرُ دعوانا أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

فهرس الآيات القرآنية

سورة البقرة

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْت وَإِسْمَاعِيلُ .... ﴾	١٢٧	٣
٢	﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ ﴾	١٧٣	٩٨
٣	﴿ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذىً مِنْ رَأْسِهِ ﴾	١٩٦	حاشية ١٢٢
٤	﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾	١٧٩	١٤٠
٥	﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ ...﴾	١٨٢	١٤٤
٦	﴿... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	١٨٥	٨٧ /٨٨،
٧	﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ...﴾	١٨٨	١٨٨
٨	﴿... وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ ﴾	٢١٦	١٥٦
٩	﴿ يَسْأَلونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ ...﴾	٢١٧	١٥١
١٠	﴿ يَسْأَلونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ ...﴾	٢١٩	ج/١٥٧
١١	﴿ ...وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ..﴾	٢٣٣	١٦٧
١٢	﴿ لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ...﴾	٢٢٥	٧٥
١٣	﴿ ... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾	٢٢٨	٢٦
١٤	﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾	٢٢٩	١٤٢
١٥	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ	٢٣١	١٤٢
١٦	﴿...لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾	٢٣٣	١٤١
١٧	﴿ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ ...﴾	٢٧٦	٨٦
١٨	﴿ ... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا ...﴾	٢٧٥	١٩٩
١٩	﴿ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا ... ﴾	٢٨٦	٨٩

سورة آل عمران

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ قَالَ رَبِّ اجْعَلْ لِي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ إِلا رَمْزاً ...﴾	٤١	١٩٠
٢	﴿ ... قُلْ إِنَّ الأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ ...﴾	١٥٤	٧٢
٣	﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً ...﴾	٧٧	حاشية ١٥٣

سورة النساء

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ ... وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾	٦	٢١٥
٢	﴿ ... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ...﴾	١٩	١٦٤
٣	﴿ وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ...﴾	٢٢	١٢٩
٤	﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ...﴾	٢٨	٨٩
٥	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ... ﴾	٥٨	٢١٧
٦	﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاةِ ... كِتَاباً مَوْقُوتاً ﴾	١٠١-١٠٣	١٠٥

سورة المائدة

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ ... ﴾	٥	٢٦
٢	﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالأَزْلامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ	٣	٩٧

	دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الأِسْلامَ دِيناً فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾		
٣	﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ... ﴾	٦	٨٩
٤	﴿ لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾	٨٩	١٦٥

سورة الأنعام

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ ...﴾	١٠٨	١٥٨
٢	﴿وَمَا لَكُمْ أَلا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ...﴾	١١٩	٩٨
٣	﴿ قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾	١٤٥	٩٨
٤	﴿وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ .﴾	١٥٢	٢١٦

سورة الأعراف

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾	١٩٩	١٦٤

سورة يونس

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنّاً إِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾	٣٦	١١٦

سورة هود

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ ... وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ ﴾	٩٧	٧٢

سورة النحل

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلا بِشِقِّ الأَنْفُسِ ...﴾	٧	٧٨
٢	﴿ وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ ﴾	٩	٧٢
٣	﴿ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ ... ﴾	٢٦	٣
٤	﴿ وَإِنَّ لَكُمْ فِي الأَنْعَامِ لَعِبْرَةً نُسْقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ ...﴾	٦٦	١٩٥
٥	﴿إِلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ ﴾	١٠٦	٣٧
٦	﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾	١١٥	٩٨

سورة مريم

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ قَالُوا كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيّاً ﴾	٢٩	١٩٠

سورة الحج

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	٧٨	٢٠٠

سورة المؤمنون

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ وَلَوِ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾	٧١	١٥٦

سورة النور

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾	٨-٩	١٩٧
٢	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلاةِ الْعِشَاءِ ...﴾	٥٨	١٦٦

سورة النمل

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنْفُسُهُمْ ظُلْماً وَعُلُوّاً..﴾	١٤	١١٣

سورة القصص

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدىً مِنَ اللَّهِ ...﴾	٥٠	١٩٧

سورة الأحزاب

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْراً أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلالاً مُبِيناً ﴾	٣٦	١٩٦

سورة فاطر

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ وَمَا يَسْتَوِي الْبَحْرَانِ هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ سَائِغٌ شَرَابُهُ وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ﴾	١٢	١٩٥

سورة الشورى

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ ... أَلا إِلَى اللَّهِ تَصِيرُ الْأُمُورُ ﴾	٥٣	٧٢

سورة الجاثية

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لا يَعْلَمُونَ ﴾	١٨/١٩	١٩٧

سورة الطلاق

م	الآية	رقمها	الصفحة
١	﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ...﴾	١	١٠٠
٢	﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ...﴾	٧	١٦٧

سورة القلم

م	الآية	رقمها	الصفحة
	﴿ إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ (١٧) وَلا يَسْتَثْنُونَ (١٨) فَطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِنْ رَبِّكَ وَهُمْ نَائِمُونَ (١٩) فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ ﴾	١٧-٢٠	٨٥/٨٦

سورة الزلزلة

م	الآية	رقمها	الصفحة
	﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ (٧) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ ﴾	٧-٨	٢٥

فهرس الأحاديث والآثار

(أ)

١٥	إن أهل بيت ماتت عندهم ناقة لهم أو لغيرهم فرخص لهم ...	98
١٦	إذا لم تصطبحوا ولم تقتبغواولم ...	98
١٧	ادخروا ثلاثا ثم تصدقوا بما بقي	106
١٨	إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى...	117
١٩	أرأيت إذا جاء رجل يريد أخذ مالي؟...	99
٢٠	إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه...	116
٢١	إن رجلا وضع صدقته في المسجد...	136
٢٢	إن على أهل البساتين أو المزارع حفظها بالنهار ...	224
٢٣	إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي فلعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ...	232
٢٤	إن الدين يسر	87
٢٥	إذا تصدق على ابنه وهو لا يشعر	136

(ب)

م	الحديث	الصفحة
٢٦	بعثت أنا والساعة كهتين ...	190
٢٧	البينة على المدعي ...	38/124

(ت)

م	الحديث	الصفحة
٢٨	تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي ..	123/124/125

(ث)

م	الحديث	الصفحة
٢٩	الثيب تعرب عن نفسها ...	134/174

(ح)

م	الحديث	الصفحة
٣٠	الحلال بين والحرام بين. ..	74

(خ)

م	الحديث	الصفحة
٣١	الخراج بالضمان	35/199

٤٥	القصد القصد تبلغوا ...	72

(ك)

م	الحديث	الصفحة
٤٦	كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ...	12
٤٧	كل مسكر خمر ...	25
٤٨	كل مسكر حرام	12
٤٩	كلوا وادخروا وأطعموا..	186
٥٠	كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟...	197
٥١	كنا لا نرى بأسا في كراء الأرض...	198
٥٢	كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته...	217
٥٣	كنت نحلتك عشرين وسقا...	234
٥٤	كان عمر يخالف أبا بكر...	105
٥٥	كيف ترون قواعدها وبواسقها...	3
٥٦	كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبس خاتما من ذهب فنبذه...	

(ل)

م	الحديث	الصفحة
٥٧	ليس لعرق ظالم حق	٣١٥
٥٨	لا يجوز الهبة إلا مقبوضة	٣١٧
٥٩	لا تبع ما ليس عندك	٢٢٣/١٣٥
٦٠	لا يحل سلف وبيع	٢٢٣
٦١	لا يعذب الله بدمع العين ولكن يعذب بهذا وأشار إلى لسانه	٢٤٣
٦٢	لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي معك شأن	٢٦٠
٦٣	لا تنفر الحائض حتى تطهر ثم يطوف بالبيت	٢٦١
٦٤	ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع	
٦٥	لو كنت أردك إلى كتاب الله أو سنة رسوله لفعلت...	٢٧٣/٢٧٢
٦٦	لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ...	١٥٣
٦٧	لا ضرر ولا ضرار	١٧٨

٦٨	لا ينفتل حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا	٤٤
٦٩	لا يرث القاتل	١٠٣
٧٠	لا تصوموا قبل رمضان ...	٤٥
٧١	اللهم فقهه في الدين ...	٤٠
٧٢	لم ينزل علي فيها شيئ...	٢٨
٧٣	لولا قومك حديث عهدهم بكفر لنقضت الكعبة ...	٢٠٤

(م)

م	الحديث	الصفحة
٧٤	مقاطع الحقوق عند الشروط	٣٩
٧٥	مروهم عليها لسبع ...	١١٣
٧٦	من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه	١١٨
٧٧	من أسلف في شيئ فليسلف في كيل معلوم...	١٣٥
٧٨	ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت ...	٢٦٥
٧٩	ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن...	٢١٦
٨٠	من ولي من أمور هذه الأمة عملا فلم يحطها بنصهه...	٢٨٨
٨١	من أخذ شبرا من الأرض ظلما ...	٣١٤
م	الحديث	الصفحة
٨٢	من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون	٢١٦
٨٣	من عمل عملاً ليس عليه أمرنا	٨٦

(ن)

م	الحديث	الصفحة
٨٤	نزل قوله تعالى : ﴿ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا............﴾ في ولي اليتيم	٢١٦/٢١٥
٨٥	نهى النبي ﷺ عن القرض الذي جر نفعا	٢٢٩

(و)

م	الحديث	الصفحة
٨٦	الولد للفراش وللعاهر الحجر...	١٦٦

(ي)

م	الحديث	الصفحة
٨٧	يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟..	١١٨

فهرس القواعد الفقهية

١٧	لا ينسب إلى ساكت قول	(ز) ،٣٧،١١٩
١٨	الممتنع عادة كالممتنع حقيقة	(ح)
١٩	لا حجة مع احتمال ناشئ عن دليل	١١٩،١٣٧
٢٠	لا عبرة بالتوهم والظن الخاطئ	١١٩،١٣٥،١٣٦
٢١	الضرر يزال	٢٧،٤٢،٦٣،١٤٥،١٤٧،١٥٣
٢٢	الضرر يدفع بقدر الإمكان	١٤٥
٢٣	يدفع الضرر الأكبر بالأقل والأشد بالأخف	١٤٥،١٤٩،١٥٠
م	القاعدة	الصفحة
٢٤	درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة	(ح)، ٥٧،١٤٥،١٥٤
٢٥	استعمال الناس حجة يجب العمل به	(ح)، ١٦،١٨٠
٢٦	العادة تعتبر إذا اضطردت أو غلبت	(ح)، ١٦،١٧٥،١٨٠،١٨١
٢٧	الحقيقة تترك بدلالة العادة	(ح)، ١٦١،١٨٠
٢٨	الكتاب كالخطاب	(ح)، ١٨٠،١٨٩
٢٩	الإشارة المعهودة من الأخرس كالبيان باللسان	(ح)، ١٨٠،١٨٩
٣٠	المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً	(ح)، ١٦،١٨٠، ١٨٧
٣١	لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان	(ح)، ١٦،١٧٣،١٨٠،١٨١
٣٢	كل مباح لو أدى فعله الحرام فهو حرام سداً للذريعة	(٩)
٣٣	كل ما سكت عن إيجابه أو تحريمه فهو عفو	١٣، ١٤
٣٤	الأصل في الأشياء الإباحة – والأصل في الإبضاع التحريم	١٣
٣٥	المعروف بين التجار كالمشروط بينهم	١٦،١٨٠،١٨٧،١٨٨
٣٦	التعيين بالعرف كالتعيين بالنص	١٦،١٨٠،١٨٧
٣٧	مقاطع الحقوق عند الشروط	٣٤
٣٨	الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً	٢٨
٣٩	العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني	٣٤،٧٦،٧٧
٤٠	العتق ما ابتغي به وجه الله والطلاق ما كان عن وطر	٣٤

١٢٦	لا طلاق ولاعتاق إلا عن وطر	٢٨
١٢٧	ليس يحل للحاجة محرم إلا للضرورة	٣٧
١٢٨	كل أمر خالف أمر العامة فهو عيب يردبه	٣٧
١٢٩	الاعتبار في العقود مقاصدها	٧٧
١٣٠	كلما جاوز الأمر حده انعكس إلى ضده	١٠٤
١٣١	ما ثبت بزمان يحكم ببقائه إلا إذا ثبت عكسه	١١٩
١٣٢	الأصل في الصفات الأصلية الوجودما لم يقم دليل على خلافه	١١٩
١٣٣	الثابت بالعرف كالثابت بالنص	١٦٢/١٦١
١٣٤	لاعبرة بالعرف الطارئ	١٧٦
١٣٥	المبني على الفاسد فاسد	٢١٣
١٣٦	إذا نسخ الطلق نُسخ المقيد ضمناً	٢١٣
١٣٧	من أدى عن غيره واجباً بغير إذنه كان متبرعاً ما لم يكن مضطراً	٢٣١

فهرس المراجع

القران الكريم

كتب التفاسير

١. تفسير الإمام الطبري .
٢. الجامع لأحكام القران للقرطبي .
٣. تفسير القرآن العظيم لابن كثير .
٤. روح المعاني للألوسي .
٥. الوجيز في تفسير القرآن لابن عطية .
٦. تفسير البيضاوي .
٧. تفسير المنار لأحمد محمد شاكر.
٨. تيسير الكريم المنان للسعدي .
٩. تفسير الإمام الرازي .
١٠. في ظلال القرآن لسيد قطب .
١١. أضواء البيان في تفسير القرآن بالقرآن للشنقيطي .
١٢. آيات الأحكام لابن العربي المالكي .
١٣. آيات الأحكام لعلي السياس.
١٤. آيات الأحكام للصابوني

مراجع الأحاديث والآثار

١. موطأ الإمام مالك بتحقيق السيوطي – تنوير الحوالك.
٢. صحيح الإمام البخاري. مع شرحه فتح الباري للحافظ ابن حجر.
٣. صحيح مسلم بشرح النووي.
٤. سنن الترمذي بشرحيه عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي للإمام أبي بكر بن العربي المالكي
٥. وتحفة الأحوذي بشرح الترمذي مباركفوري
٦. سنن أبي داود مع شرحه " عون المعبود " لشمس آبادي
٧. سنن النسائي "المجتبى"
٨. سنن ابن ماجه بتحقيق الأعظمي.
٩. مسند الإمام أحمد بترتيب وتحقيق الساعاتي " الفتح الرباني"
١٠. جامع الأصول في أحاديث الرسول لابن الأثير بتحقيق شعيب أرنؤوط وعبد القادر أرنؤوط
١١. السنن الكبرى للبيهقي
١٢. معاجم الطبراني الثلاثة – الكبرى والأوسط والصغرى
١٣. سنن الدار قطني مع التعليق المغني
١٤. مصنف عبد الرزاق الصنعاني
١٥. مصنف ابن أبي شيبة
١٦. معالم السنن للخطابي
١٧. سنن سعيد بن منصور
١٨. شرح السنة للبغوي
١٩. كتاب الآثار للقاضي أبي يوسف
٢٠. غريب الحديث لابن الأثير
٢١. الفائق في غريب الحديث للزمخشري
٢٢. الجامع الصغير للسيوطي بتحقيق الألباني – صحيح الجامع-
٢٣. سلسة الأحاديث الصحيحة للألباني
٢٤. سلسلة الأحاديث الضعيفة " "
٢٥. مختصر صحيح مسلم للمنذري بتحقيق الألباني .
٢٦. اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان لمحمد فؤاد عبد الباقي.
٢٧. منهاج المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم للشنقيطي.

المراجع الفقهيةِ

أ/ من المذهب الحنفي:

١-الخراج لأبي يوسف.

٢- بدائع الصنائع للكاساني

٣- رسائل ابن عابدين

٤- حاشية ابن عابدين

٥- رد المحتار لابن عابدين

٦- النتف في الفتاوى لأبي الحسن علي الحسيني الحنفي

٧- فتح القدير لابن همام

٨- شرح أدب القاضي لخصاف

٩- معاني الآثار للطحاوي مع شرحه نخبة الأفكار للبدر العيني

١٠- الفتاوى الهندية.

ب/ من المذهب المالكي:

١-موطإ الإمام مالك بن أنس مع شروحه

أ-الاستذكار للحافظ أبي عمر ابن عبد البر النمري

ب- التمهيد لما في الموطإ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر

ج-المنتقى شرح موطأ مالك للإمام الباجي

د-القبس شرح موطأمالك بن أنس للإمام ابن العربي

هـ- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك

٢- المدونة الكبرى

٣- النوادروالزوائد لابن أبي زيد القرواني

رسالة ابن أبي زيد مع شروحها:

أكفاية الطالب الرباني لأبي الحسن

ب — الفوكه الدواني للنفراوي

ج- الثمر الداني للشيخ عبد السميع الآب

٤- التبصرة للإمام اللخمي

٥- الجامع الصغير لابن عبد الحكم

٦- الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس

٧- الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر
٨- الذخيرة للإمام القرافي
٩- مختصر خليل بن اسحاق مع شروحه:
أ| مواهب الجليل شرح مختصر خليل
ب| حاشية الخرشي على مختصر خليل
ج| جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للشيخ عبدالسميع الآب
د| مواهب الجليل من أدلة خليل للمختار الجكني
هـ| الشرح الكبير للشيخ الدردير
١٠- تحفة الحكام لابن ميارة الفاسي
١١- أقرب المسالك مع الشرح الصغير للشيخ الدردير
١٢- الأمنية في إدراك النية للقرافي
١٣- الاشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي
١٤- مجالس القضاء والحكام للمكناسي
١٥- درر القواص محاضرة الخواص لابن فرحون
١٦- المعيار المعرب للونشريسي
١٧- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد
١٨- أحكام القرآن لابن العربي
١٩- موسوعة الفقه المالكي لخالد العك

ج| من فقه المذهب الشافعي:

١-الأم للإمام الشافعي
٢- روضة الطالبين للنووي
٣- نهاية المحتاج شرح المنهاج
٤- المقاصد الحسنة للسخاوي
٥- المجموع شرح المهذب للنووي بتكملة المطيعي
٦- المبسوط في المذهب لإبي حامد الغزالي.
٧- إحياء علوم الدين للغزالي
٨- الحاوي للفتاوي للسيوطي .
٩- تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر

د/ من فقه المذهب الحنبلي

١. مسند الإمام أحمد مع زوائده
٢. المغني لابن قدامة المقدسي
٣. المقنع له
٤. والكافي له
٥. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام للمقدسي.
٦. الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية.
٧. مجموع الفتاوي لشيخ الإسلام ابن تيمية
٨. المبدع شرح المقنع لابن مفلح
٩. زاد المعاد لابن القيم
١٠. كشف القناع للبهوتي الحنبلي .
١١. مختصر الفقه للتويجري

هـ/ كتب أخرى

١٢. التعبير عن الإرادة للدكتور سوار.
١٣. الشركات في الفقه الإسلامي للشيخ على خفيف.
١٤. الفقه والمتفقه للخطيب البغدادي.
١٥. فقه السنة للشيخ سيد سابق.
١٦. الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي.
١٧. الموسوعة الفقهية . الكويت.
١٨. بحوث المؤتمر الإسلامي . السعودية. بحث في "تطبيق الشريعة الإسلامية"
١٩. الملكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهرة.
٢٠. المحلى لابن حزم الظاهري.
٢١. طلبة الطلبة باصطلاح الفقهاء بحقيق أحمد أبو النور
٢٢. سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني
٢٣. توضيح الأحكام شرح بلوغ المرام للبسام
٢٤. منهاج المسلم للجزائري

٢٥. طرح التثريب في شرح التقريب لأبي زرعة العراقي.
٢٦. الملكية ونظرية العقد للشيخ أبي زهرة .
٢٧. الفقه وأدلته للزحيلي .

مراجع أصول الفقه

١. أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف.
٢. أصول الفقه للعلامة محمد أبوزهرة.
٣. أصول البدخشي .
٤. الإحكام في أصول الأحكام. لابن حزم الأندلسي.
٥. الإحكام في أصول الأحكام للآمدي.
٦. إعلام الموقعين للإمام ابن قيم الجوزية.
٧. أثر العرف في الشريعة الإسلامية للزحيلي.
٨. تخريج الفروع على الأصول للزنجاني .
٩. رفع الحرج في الشريعة لأبي سنة
١٠. شرح الروضة لابن قدامة الحنبلي.
١١. شرح الورقات لإمام الحرمين.
١٢. مختصر شرح الروضة للطوفي.
١٣. مذكرة في أصول الفقه للشيخ محمد الأمين الشنقيطي.
١٤. المستصفى للإمام أبي حامد الغزالي.
١٥. المنخول " " .
١٦. المختصر المفيد من المستصفى للإمام أبي بكر بن العربي المالكي.
١٧. المحلى على جمع الجوامع مع حاشية العطار.
١٨. نثر الورود في شرح نشر البنود للشنقيطي.
١٩. فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت.
٢٠. رسالة الإمام الشافعي، بتحقيق أحمد محمد شاكر
٢١. أصول التشريع لعلي حسب الله
٢٢. الإشارات في أصول الفقه المالكي للإمام الباجي.
٢٣. القاموس الفقهي لمجموعة من الفقهاء .

مراجع القواعد الفقهية

١. الأشباه والنظائر لابن الوكيل.
٢. الأشباه والنظائر لابن الملقن.
٣. الأشباه والنظائر للأسنوي.
٤. الأشباه والنظائر لابن السبكي.
٥. الأشباه والنظائر للسيوطي.
٦. الأشباه والنظائر لابن نجيم .
٧. الفروق للإمام أحمد بن عمر بن سريج
٨. الفروق لأبي الفضل مسلم بن على الدمشقي. تحقيق أبي الأجفان.
٩. الفروق" أنواء البروق في أنواع الفروق" للقرافي.
١٠. القواعد للمقري المالكي.
١١. قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام العز بن عبد السلام.
١٢. قواعد الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي.
١٣. القواعد للدكتور على بن أحمد الندوي.
١٤. القواعد النورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية .
١٥. قواعد أعلام الموقعين لجمعة الجزائري.
١٦. القوانين الفقهية لابن جزي المالكي.
١٧. الكليات لأبي البقاء الحنبلي.
١٨. الكليات للمكناسي المالكي . مخطوط بمكتبة الملك فهد بالسعودية – الرياض.
١٩. الكليات لابن غازي .
٢٠. رسالة الأصول للشيخ السعدي النجدي.
٢١. رسالة الأصول للكرخي.
٢٢. النظريات العامة في المعاملات في الشريعة الإسلامية للدكتور أبوسنة.
٢٣. النظريات العامة الفقهية للدكتور الزحيلي.
٢٤. نظرية الضرورة الشرعية . له
٢٥. أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك. للخشني.
٢٦. درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر.

٢٧. الفوائد الجنية شرح منظومة القواعد الفقهية للشيخ محمد يس الفاداني.
٢٨. المنثور في القواعد للزركشي.
٢٩. مجلة الأحكام العدلية .
٣٠. تأسيس النظر للدبوسي .
٣١. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي.
٣٢. الوجيز في إيضاح القواعد الكلية للبرنو
٣٣. التلويح على التوضيح للتلفزاني.
٣٤. مجامع الحقائق للخادمي.
٣٥. المدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقاء.
٣٦. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي.
٣٧. تهذيب الفروق – على حاشية الفروق- للشيخ محمد بن على المالكي المكي.
٣٨. الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي.
٣٩. شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد طاهر الأتاسي.
٤٠. الفوائد الزينية في فقه الحنفية لابن نجيم الحنفي.
٤١. عمدة البصائر لحل مهمات الأشباه والنظائر للبيري.
٤٢. تنوير البصائر على الأشباه والنظائر شرف الدين عبد القادر أبوالبركات.
٤٣. عمدة الناظر على الأشباه والنظائر للأسكنر الحسيني.
٤٤. مجلة الأحكام الفقهية .
٤٥. خاتمة الحقائق لأبي سعيد الخادمي.
٤٦. شرح قواعد المجلة للشيخ أحمد الزرقاء.
٤٧. شرح المجلة للمحاسبي الدمشقي .
٤٨. مرآة مجلة الأحكام العدلية لسعود أفندي تركي.
٤٩. مقاصد المكلفين للدكتور عمر بن سليمان الأشقر.
٥٠. موسوعة القواعد الفقهية للبرنو
٥١. قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على المسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي.
٥٢. مختصر قواعد العلائي لابن الخطيب .
٥٣. تخريج الفروع على الأصول للزنجاني.
٥٤. المخل الفقهي للكردي.

٥٥. رفع الحرج في الشريعة الإسلامية له.
٥٦. الضرورة الشرعية . للزحيلي.
٥٧. ضوابط المصلحة للبوطي.
٥٨. الوسيط للدكتور وهبة الزحيلي.
٥٩. قواعد الحصني.
٦٠. المدخل الفقهي العام للزرقاء .

فهرس الأعلام

فهرس مراجع التراجم

١. ابن قيم الجوزية – حياته– آثاره للشيخ بكر أبوزيد.
٢. أخبار القضاء لوكيع بن حيان.
٣. سيرأعلام النبلاء للإمام الذهبي
٤. الطبقات لابن سعد.
٥. طبقات الشافعية لابن السبكي بتحقيق عبد الفتاح الحلو وآخرون
٦. طبقات الشافعية للأسنوي تحقيق الجبوري
٧. طبقات الحنابلة لأبي يعلى
٨. طبقات الحفاظ للسيوطي
٩. مناقب الشافعي. للبيهقي .
١٠. مناقب الإمام أحمد لابن الجوزي .
١١. الأنساب لعبد الكريم السمعان بحقيق عبد الفتاح الحلو
١٢. تذكرة الحفاظ للحافظ الذهبي
١٣. تاريخ بغداد للخطيب البغدادي
١٤. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن الأثير– تعليق الحافظ ابن حجر
١٥. البداية والنهاية للحافظ ابن كثير
١٦. شذرات الذهب لابن العماد
١٧. الديباج المذهب في رجال المذهب لابن فرحون المالكي–تحقيق أبوالنور
١٨. شجرة النور الزكية للشيخ مخلوف
١٩. حسن المحاضرة للسيوطي .
٢٠. الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب الحنبلي
٢١. الضوء اللامع للسخاوي
٢٢. كشف الظنون للحاجي خليفة
٢٣. وفيات الأعيان لابن خلّكان
٢٤. فوات الوفيات لمحمد شاكر كتبي –تحقيق إحسان عباس
٢٥. درر الحجال في أسماء الرجال للمكناسي – تحقيق أبو النور
٢٦. فتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي
٢٧. الأعلام للزركلي

٢٨. التاريخ الكبير للإمام البخاري.
٢٩. الإمام مالك بن أنس لأبي زهرة
٣٠. الإمام أبوحنيفة النعمان لأبي زهرة
٣١. مناقب أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي
٣٢. الجواهر المضيئة في ترجمة أبي حنيفة لخير الدين.

مراجع اللغة

١. لسان العرب لابن منظور .
٢. مختار الصحاح للرازي .
٣. معجم مقاييس اللغة لابن فارس .
٤. القاموس المحيط.
٥. المعجم الوسيط .
٦. التعريفات للجرجاني .

فهرس الموضوعات